Itamar Luís Gelain
(Organizador)

Uma Introdução à FILOSOFIA DO DIREITO

N.Cham. 340.1 I61 2015 CG
Título: Uma introdução à filosofia do direito .
180949 Ac. 73730
Ex.15 BC

Coleção Direito, Política e Cidadania 37
Editora UNIJUÍ

340.1
I61
CG

Coleção Direito, Política e Cidadania, 37

Itamar Luís Gelain
(Organizador)

Uma Introdução à FILOSOFIA DO DIREITO

Editora UNIJUÍ

Ijuí
2015

BIBLIOTECA CENTRAL
Exemplar: 180949
Acervo: 73730
Fornecedor: 6346
Política 3ed/s
Preço: R$ 61,20
Data: 17 / 06 / 16

© 2015, Editora Unijuí
Rua do Comércio, 1364
98700-000 – Ijuí – RS – Brasil
Fone: (0__55) 3332-0217
Fax: (0__55) 3332-0216
E-mail: editora@unijui.edu.br
Http://www.editoraunijui.com.br

Editor: Gilmar Antonio Bedin
Editor-Adjunto: Joel Corso
Capa: Alexandre Sadi Dallepiane
Responsabilidade Editorial, Gráfica e Administrativa:
Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí; Ijuí, RS, Brasil)

Catalogação na Publicação:
Biblioteca Universitária Mario Osorio Marques – Unijuí

I61 Uma introdução à filosofia do direito / organizador Itamar Luís Gelain. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2015. – 368 p. – (Coleção direito, política e cidadania ; 37).

ISBN 978-85-419-0175-8

1. Direito. 2. Filosofia geral. 3. Filosofia do direito. 4. Direito natural. I. Gelain, Itamar Luís. II. Título. III. Série.

CDU : 340.12

Editora Unijuí afiliada:
Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

A Coleção *Direito, Política e Cidadania* é uma iniciativa editorial do Departamento de Estudos Jurídicos da Unijuí e da Editora Unijuí, voltada à publicação de textos que privilegiam a pesquisa jurídica interdisciplinar e a reflexão crítica sobre o direito e suas relações com as diversas ciências humanas e sociais. O objetivo da Coleção é disponibilizar, aos leitores interessados, um conjunto de publicações que contribuam para qualificar o debate sobre os principais temas da área e que auxiliem no desenvolvimento da cidadania.

Conselho Editorial

Dr. José Eduardo Faria (USP – SP)
Dr. Darcísio Corrêa (Unijuí – RS)
Dr. Gilmar A. Bedin (Unijuí – RS)
Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo (UFSM – RS)
Dra. Odete Maria de Oliveira (UFSC – SC)
Dr. Sergio Augustin (UCS – RS)
Dra. Claudia Rosane Roesler (Univali e Cesusc – SC)
Dr. Leonel Severo Rocha (Unisinos – RS)
Dr. Arno Dal Ri Júnior (Fondazione Cassamarca de Treviso – Itália)
Dr. José L. Bolzan de Morais (Unisinos – RS)
Dra. Silvana Winckler (Unochapecó – SC)
Dr. Otávio C. Fischer (Universidade Tuiti do Paraná e Unicemp – PR)
Dr. Celso L. Ludwig (UFPR-PR)
Dra. Maria Claudia Crespo Brauner (UCS – RS)
Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (UCS-RS)
Dra. Sandra Regina Leal (Faplan – RS)
Dra. Sandra Regina Martini Vial (Unisc – Unisinos)

Comitê Editorial

Dr. André Leonardo Copetti Santos
Dr. Doglas Cesar Lucas
Dra. Fabiana Marion Spengler

... a vida sem exame não é vida digna de um ser humano...

(Sócrates, *Apologia*, 38 a)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 11

PARTE 1 – FILOSOFIA DO DIREITO
NOS PERÍODOS ANTIGO E MEDIEVAL 13

Filosofia geral e Filosofia do Direito 15
Itamar Luís Gelain
Alceu Cavalheiri

Justiça e ética como fundamentos do Direito em Sócrates e Platão... 31
Gérson Pereira Filho

A justiça em Aristóteles 69
João Hobuss

Lei e Direito em Agostinho e Tomás de Aquino 87
Noeli Dutra Rossatto

PARTE 2 – FILOSOFIA DO DIREITO
NO PERÍODO MODERNO 111

Natureza humana, Direito Natural e Estado em Hobbes 113
Marta Nunes da Costa

Direitos naturais e contratualismo em Locke 129
Jaimir Conte
Marta Nunes da Costa

Direito natural e liberdade em Rousseau 145
Cesar Augusto Ramos

CATÓLICA-BIBLIOTECA

Kant e a doutrina do Direito 159
Alessandro Pinzani

Direito e liberdade em Hegel 189
Thadeu Weber

PARTE 3 – FILOSOFIA DO DIREITO NO PERÍODO CONTEMPORÂNEO 211

O positivismo jurídico maduro e o projeto de construção de uma teoria pura do direito: uma aproximação do núcleo central do pensamento de Hans Kelsen 213
Doglas Cesar Lucas
Gilmar Antonio Bedin

A tridimensionalidade do Direito de Miguel Reale 239
Maikon Cristiano Glasenapp

Norberto Bobbio e o Positivismo Jurídico: entre a concepção de direito e as normas premiais 257
Luciene Dal Ri

Uma chave de leitura para a Filosofia do Direito de Habermas 287
Delamar José Volpato Dutra

O Constitucionalismo de Rawls 311
Ricardo Bins di Napoli

A importância da investigação arqueológica e genealógica de Michel Foucault para a Filosofia do Direito: uma abordagem a partir dos conceitos de sociedade disciplinar e biopolítica 333
André Leonardo Copetti Santos
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

SOBRE OS AUTORES 363

APRESENTAÇÃO

Dou-me conta de que nada pode ser mais anti-filosófico do que estar seguro ou ser dogmático sobre algum assunto (Hume, 1993).

Este livro foi pensado e concebido especialmente para os estudantes do curso de Direito, uma vez que nas primeiras fases do curso eles são apresentados à disciplina de Filosofia do Direito. A obra, no entanto, pode ser útil também para estudantes de Pós-Graduação e interessados de outras áreas.

Os textos que a compõem foram escritos por professores e pesquisadores, estudiosos dos temas e dos autores sobre os quais escreveram. Os autores conceberam seus respectivos textos na perspectiva de oferecer uma abordagem acessível e compreensível aos estudantes de Graduação e demais iniciantes no estudo dos temas e problemas comuns pertencentes à Filosofia do Direito.

O livro divide-se em três partes: a parte 1 trata da Filosofia do Direito nos períodos antigo e medieval, destacando os filósofos Sócrates, Platão, Aristóteles, Agostinho e Tomás de Aquino; a parte 2 aborda a Filosofia do Direito no período moderno, e inclui estudos das filosofias de Hobbes, Locke, Rousseau, Kant e Hegel; a parte 3 analisa a Filosofia do Direito no período contemporâneo, a partir de uma apresentação e exposição do pensamento de Kelsen, Reale, Bobbio, Habermas, Rawls e Foucault.

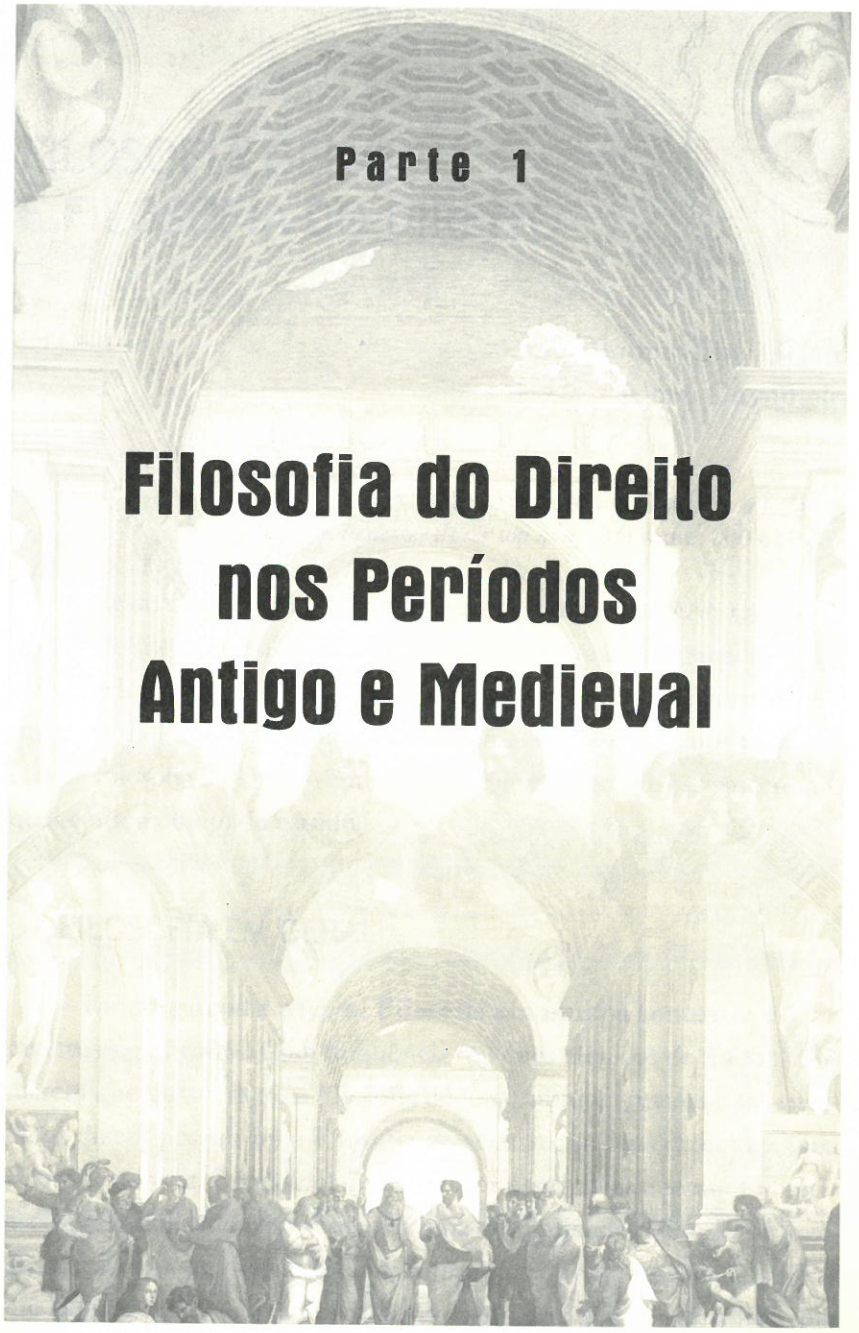
A coletânea é organizada com base numa divisão histórica e a apresentação dos temas e dos autores é feita segundo a ordem cronológica, embora na terceira parte não seguimos rigorosamente esse critério. Essa escolha é orientada pela suposição de que os estudantes poderão ter maior êxito na compreensão dos temas centrais da Filosofia do Direito na medida em que realizarem seus estudos segundo a ordem histórica em que esses temas foram surgindo e sendo discutidos.

Assim, esperamos que essa obra constitua uma contribuição acadêmica significativa e suscite nos leitores o desejo de conhecer e de aprofundar as discussões que a jusfilosofia envolve.

Por fim, agradeço a todos os autores por se empenharem na realização dessa obra. Sem sua contribuição esse projeto não poderia ter sido levado a cabo.

Joinville, outono de 2015.

Itamar Luís Gelain



Parte 1

Filosofia do Direito nos Períodos Antigo e Medieval

FILOSOFIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

Itamar Luís Gelain
Alceu Cavalheiri

Sê um filósofo, mas, em meio a toda tua filosofia, não deixes de ser um homem (Hume, 2003, p. 23).

Neste texto pretendemos apresentar algumas notas introdutórias acerca da Filosofia em geral e da Filosofia do Direito em particular. Em primeiro lugar, discorreremos sobre a origem, definição, peculiaridade e utilidade da Filosofia. Num segundo momento, destacaremos a autonomia da Filosofia do Direito em relação à Filosofia geral e esclareceremos qual é o seu objeto de estudo.

DA FILOSOFIA EM GERAL

Empregamos a palavra Filosofia em muitos contextos e com diversos significados. Com frequência ouvimos técnicos de futebol afirmarem que possuem uma Filosofia de jogo; amiúde pessoas bem-sucedidas dizem possuir uma Filosofia de sucesso; anciãos dizem ter uma Filosofia de vida. É inegável que em todos esses casos o termo Filosofia está sendo utilizado para expressar uma determinada *concepção* de jogo, de sucesso ou de vida. A palavra Filosofia, aqui empregada, significa um tipo de saber relevante e diferenciado que não se identifica com

um saber empírico (por exemplo, saber que a água ferve a cem graus Celsius) ou com saber fazer algo prático (por exemplo, saber fazer uma peça de xadrez). Além disso, também fazemos uso das expressões "Filosofia hindu", "Filosofia chinesa" ou ainda "Filosofia oriental". Nesses casos, a Filosofia parece possuir uma conotação mais técnica, uma vez que "Filosofia" aqui pode ser entendida como um corpo sistemático de conhecimentos que mescla especulações metafísicas, reflexões morais e elementos teológicos. Nesses casos, o termo Filosofia expressa uma visão de mundo, uma determinada concepção sobre homem e sobre sua transcendência, a qual se configura como um saber relevante que orienta e explica, de alguma maneira, a vida das pessoas (cf. Iglésias, 2005).

Em todos os casos que citamos anteriormente a palavra Filosofia foi empregada num sentido *lato* e não técnico, mas sem incorrer necessariamente em arbitrariedade. Quando, entretanto, nos referimos ao sentido *stricto* e técnico as conotações mencionadas não entram no escopo do conceito de Filosofia. Isso não significa dizer que não estamos valorizando a Filosofia oriental ou que estamos desprezando a "Filosofia não técnica". O que estamos querendo dizer é que a Filosofia de vertente grega é algo diferente da Filosofia oriental e da "Filosofia não técnica". Diante disso, todavia, poderíamos indagar: Qual é a origem e peculiaridade da Filosofia grega que a torna diferente da Filosofia oriental e da Filosofia não técnica?

Para Platão e Aristóteles o que dá origem à Filosofia é o *thauma*, isto é, a admiração, o espanto, a perplexidade, a estupefação, o embasbacamento. No livro *Teeteto* Platão literalmente afirma: "É absolutamente de um filósofo esse sentimento: espantar-se. A Filosofia não tem outra origem" (155 d). Aristóteles é ainda mais incisivo na *Metafísica* quando assevera: "de fato, os homens começaram a filosofar, agora como na origem, por causa da admiração, na medida em que, inicialmente, ficavam perplexos diante das dificuldades mais simples" (982b 10-15).

Segundo Aristóteles, todos os homens, por natureza, desejam conhecer (cf. 980a 20-25). Em outras palavras, o desejo de conhecer é algo intrínseco a nossa natureza humana e é materializado na curiosidade. Alguém que é curioso manifesta o desejo de saber. Costumamos dizer que as crianças são "pequenas filósofas" – nunca é cedo nem tarde demais para filosofar, dizia Epicuro (Comte-Sponville, 2003, p. 252) – justamente porque nelas fica evidente a curiosidade e o desejo de conhecer. Por conta disso, elas enchem seus pais de perguntas de todo tipo, perguntas que geralmente os pais têm alguma dificuldade em responder, quando o conseguem. A curiosidade das crianças é motivada de alguma maneira pela admiração e pelo espanto diante das coisas mais simples e óbvias que estão no seu entorno.

O filósofo, por natureza, é um indivíduo espantado ou admirado com o mundo das coisas e o mundo dos homens. O espanto e a admiração levam-nos a interrogar a realidade que o cerca na tentativa de conhecê-la. Só alguém que se espanta com aquilo que está ao seu redor pode levar outras pessoas à mesma atitude. Acreditamos que é tarefa do filósofo, por meio da sua fala ou dos seus escritos, conduzir os outros indivíduos a essa mesma situação de espanto e admiração. Para ilustrar isso, vamos recordar a figura de Sócrates. A atividade de Sócrates na *ágora* consistia em interrogar e questionar as pessoas acerca daquilo que elas supunham saber. Por meio da *ironia* (a arte de perguntar) e da *maiêutica* (a arte de dar à luz as ideias) Sócrates dava condições às pessoas para que elas pudessem descortinar o seu próprio mundo. Para que isso acontecesse, porém, era necessário, antes de qualquer coisa, reconhecer a própria ignorância. Reconhecer a ignorância significava professar a seguinte sentença: "Só sei que nada sei". Essa sentença socrática significa dizer um não às crenças e aos preconceitos que nós adquirimos de maneira acrítica (Descartes também fez isso magistralmente nas *Meditações Metafísicas*) e, por conseguinte, iniciar uma avaliação racional e crítica deles. Aristóteles observou ainda que "quem experimenta uma sensação

de dúvida e de admiração reconhece que não sabe" (982b 15-20). O reconhecimento da ignorância cria a possibilidade para o espanto e a admiração. Essa é uma condição necessária para filosofar.

Se, por um lado, é verdade que é natural que o ser humano se espante, é também natural, por outro lado, que ele não se espante ou não se admire muito. Para muitos indivíduos as respostas dadas pela sociedade são suficientes para dar conta do espanto inicial e, desse modo, para estes a Filosofia não tem espaço. Geralmente as questões mais fundamentais da Filosofia não são nem postas, pois as pessoas podem crescer assimilando e aceitando todas as explicações oferecidas pela cultura à qual pertencem sem nem mesmo questioná-las. As regras morais, as leis, a organização social, a pobreza, a desigualdade social, são questões que não geram espanto ou perplexidade, pois são aceitas como naturais ou normais. É interessante observar que o advento da Filosofia grega está vinculado à insatisfação de alguns gregos, e não ao descontentamento de todos, com as respostas estabelecidas pelos mitos e pela religião (cf. Iglésias, 2005). A insatisfação e a curiosidade conduziram os gregos a romperem com as explicações míticas e religiosas e a inaugurarem um novo campo do saber totalmente diferenciado dos mitos e da religião e que chamamos até hoje de Filosofia. Por conta disso, fazer Filosofia é, de algum modo, "desbanalizar o banal",[1] ou seja, é transcender o trivial, o comum, o dado, o estabelecido, o convencionado. Em terminologia platônica, fazer Filosofia é sair da caverna no intuito de contemplar a "verdadeira realidade", uma vez que o filósofo é aquele que percebe que há mais realidade do que aquela que se mostra aos nossos sentidos num primeiro momento.

[1] Tomamos emprestada essa expressão de Paulo Ghiraldelli Jr.

Afinal, no entanto, o que é filosofia? Vamos começar pela explicação etimológica. A palavra Filosofia é composta pelos vocábulos gregos filo (*philia* = amizade, amor) e sofia (*sophia* = sabedoria) e significam juntos amizade pela sabedoria ou amor ao saber. Pitágoras de Samos foi o responsável por enunciar pela primeira vez a palavra Filosofia. Reza a história que numa determinada ocasião Pitágoras teria sido chamado de sábio (*sophós*); diante desse elogio ele teria declarado que sábios são os deuses e que a sabedoria é uma posse e privilégio deles; nós homens somos filósofos, isto é, amantes, desejantes e amigos da sabedoria. A análise etimológica da palavra Filosofia remete-nos de alguma maneira às palavras de Kant: não é possível aprender qualquer Filosofia; só é possível aprender a filosofar (cf. 1980, p. 407). Em outras palavras, a Filosofia não é uma posse ou uma sabedoria pronta, como aquelas dos deuses, mas uma atividade constante e interminável de busca e de cultivo do saber; não existe uma Filosofia acabada e definitiva, pois os problemas filosóficos abordados ao longo da história da Filosofia precisam ser repensados, repropostos e atualizados no nosso contexto histórico.

Para continuar respondendo à pergunta "O que é Filosofia?", vamos parafrasear a saída que Santo Agostinho utilizou nas *Confissões* para explicar o que é o tempo.[2] A paráfrase é a seguinte: "Que é, pois, a filosofia? Se ninguém me pergunta, eu sei; mas, se quero explicá-la a quem me pergunta, então já não sei". Essa paráfrase nos apresenta a dificuldade que temos em responder à pergunta "O que é a Filosofia?". Se perguntarmos a vários matemáticos o que é a Matemática, eles apresentarão respostas muito similares. Com certeza o mesmo ocorrerá se perguntarmos a vários biólogos o que é a Biologia. Se, todavia, indagarmos a vários filósofos o que é a Filosofia, provavelmente alguns

[2] "Que é o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei" (Agostinho, 1997, p. 342).

CATOLICA-BIBLIOTECA

ficarão calados, outros apresentarão respostas evasivas e as respostas de uns terceiros serão tão opostas entre si que só mesmo um outro filósofo poderá compreender que o silêncio de uns e as respostas dos outros são abordagens possíveis para a questão em pauta. Para aqueles que falam sobre a Filosofia de um ponto de vista externo, como não filósofos, o que relatamos anteriormente pode soar como bizarro e jocoso, no entanto, para explicar isso temos de considerar o seguinte: talvez seja possível entender o que é a Matemática e a Biologia de um ponto de vista externo à Matemática e à Biologia, sem a necessidade de sermos matemáticos ou biólogos. Para entendermos o que é a Filosofia, porém, precisamos já fazermos Filosofia, caso contrário não entenderemos o que ela é (cf. Iglésias, 2005). O que é a Matemática e o que é a Biologia não são, respectivamente, questões tratadas na Matemática e na Biologia, entretanto "o que é a Filosofia?" é, por sua vez, uma questão filosófica – "e talvez uma das características da questão filosófica seja o fato de suas respostas, ou tentativas de resposta, jamais esgotarem a questão, que permanece assim com sua força de questão, a convidar outras pessoas e outras abordagens possíveis" (Iglésias, 2005, p. 13).

Uma vez que a definição de Filosofia é controversa, propomos, de modo provisório, e "tudo em Filosofia é provisório" (Strawson, 2008, p. 36), a seguinte definição de Filosofia: a Filosofia se constitui numa análise crítico-reflexiva da realidade. Por análise (*analysis*) devemos entender o procedimento de divisão ou de decomposição do todo em suas partes; por crítica (*kritikê*) a capacidade de julgar e examinar racionalmente uma ideia, um valor, um costume, uma coisa sem preconceito ou prejulgamento; por reflexão (*reflectere*) o movimento de volta do pensamento sobre si mesmo; e, por realidade (*realitas*) o mundo das coisas e o mundo dos homens. Além disso, essa análise-crítico-reflexiva da realidade, que define a Filosofia, é radical, é rigorosa e é global. Ela é radical (*radix, radicis*) não no sentido de extremista ou inflexível, mas porque vai à raiz do pensamento, isto é, busca explicitar os conceitos

mais fundamentais e básicos de todos os campos do saber e da ação humana. Ela é rigorosa porque desenvolve um pensamento rigoroso, justificado por argumentos e coerente com suas diversas partes. Ela é global porque os problemas são examinados dentro de um contexto de totalidade relacionando as suas diversas partes, e não em um contexto particular como o fazem as ciências positivas, isolando as suas partes para serem estudadas.

Uma última indagação, não menos importante: Para que serve a Filosofia? Quando perguntamos para que serve a Filosofia estamos perguntando pela sua utilidade ou pelo seu valor. Para responder a essa pergunta um engraçadinho poderia utilizar a famosa definição jocosa: "A Filosofia é uma ciência com a qual e sem a qual o mundo segue tal e qual". Dentro dessa concepção, a Filosofia é um saber inútil e o filósofo é um indivíduo que anda distraído com a cabeça no mundo da Lua fazendo questionamentos sobre coisas que ninguém entende e que a ninguém interessa. Guimarães Rosa definiu o filósofo como aquele camarada que se encontra num quarto escuro à procura de um gato preto que não está lá; e ele o encontra (cf. 1995). Será, contudo, que é tão simples assim descartar a Filosofia como uma atividade intelectual inútil?

Antes de qualquer coisa, deveríamos fazer aqui as seguintes perguntas: Qual é o critério para afirmarmos que uma coisa é útil ou inútil? O que é o útil? O que é o inútil? Evidentemente, o critério para determinar se algo é útil ou inútil em nossa sociedade é a sua finalidade prática e sua utilização imediata. Tomando esse critério, a Filosofia consiste no mais inútil dos saberes, pois ela não parece oferecer nenhuma coisa prática para ser utilizada imediatamente, todavia, para que algo seja útil é preciso que este algo produza tão somente alguma coisa prática? Ele não pode produzir alguma coisa "teórica" que modifique significativamente as ações humanas e crie espaço para a liberdade?

Segundo Russell, o valor da Filosofia deve ser buscado, em grande medida, na sua própria incerteza, pois o homem que não tem umas tintas de Filosofia caminha pela vida preso aos preconceitos derivados do senso comum, às crenças habituais de sua época e às convicções que cresceram no seu espírito sem o consentimento de sua razão. Para tal homem o mundo tende a se tornar finito e óbvio, pois os objetos do dia a dia não levantam qualquer problema. Quando começamos a filosofar, todavia, imediatamente nos damos conta de que até as coisas mais triviais conduzem a problemas para os quais somente respostas muito incompletas podem ser oferecidas (2005, p. 175). Nesse sentido, a Filosofia, apesar de incapaz de nos dizer com certeza qual é a verdadeira resposta para as dúvidas que ela própria levanta, é capaz de sugerir muitas possibilidades que ampliam nossos pensamentos e conhecimentos, livrando-nos da tirania do hábito e do convencionado. Embora a Filosofia diminua nosso sentimento de certeza com relação ao que as coisas são, ela aumenta muitíssimo nosso conhecimento a respeito do que as coisas podem eventualmente ser. Além disso, por um lado, ela remove o dogmatismo um tanto arrogante daqueles que nunca chegaram a empreender viagens pelas regiões da dúvida libertadora e, por outro lado, ela vivifica nosso sentimento de admiração, ao mostrar as coisas familiares num determinado aspecto pouco familiar (Russell, 2005, p.175-176).

Por fim, de acordo com Chauí (2010), sugerimos que se abandonar a ingenuidade, o dogmatismo e os preconceitos do senso comum for útil; se não se deixar guiar pela submissão às ideias dominantes e aos poderes convencionados for útil; se buscar compreender o sentido do mundo dos homens e do mundo das coisas for útil; se dar a cada um de nós e a nossa sociedade os meios para sermos autônomos e mais conscientes de nós mesmos e de nossas ações numa prática que aspira à liberdade para todos for útil, "então podemos dizer que a filosofia é o mais útil de todos

os saberes de que todos os seres humanos são capazes" (cf. Chauí, 2010, p. 26). Sob esse ponto de vista, a Filosofia é justamente a ciência com a qual não é possível o mundo continuar tal e qual.

DA FILOSOFIA DO DIREITO

Em virtude dos diferentes tipos de questões que aborda, a Filosofia pode ser subdividida em várias áreas, as quais incluem, entre outras: ética e moral, lógica, estética, epistemologia, Filosofia política, metafísica, Filosofia da religião, Filosofia da linguagem, Antropologia, Filosofia da ciência, Filosofia da história, Filosofia jurídica, etc.

Desse modo, partimos da premissa central de que a Filosofia do Direito é um ramo da Filosofia geral, mas não é uma Filosofia especial e, sim, a Filosofia voltada para a realidade jurídica. Nesse sentido, a Filosofia do Direito não é apenas mais uma disciplina jurídica, mas é a Filosofia, no seu total esforço, a indagar sobre os fundamentos da prática jurídica.

Entendida como um ramo da Filosofia geral, a qual indaga sobre os fundamentos da prática jurídica, a Filosofia do Direito não tem uma data específica de nascimento, pois sua origem está ligada aos questionamentos especificamente humanos acerca das condições dos homens em sociedade e das relações sociais que emergem dessas condições.

Nos primeiros registros da história do pensamento, a Filosofia do Direito não é uma disciplina autônoma, mas mesclada com conceitos teológicos, morais e políticos. Bittar e Almeida afirmam que, no princípio, a Filosofia do Direito era mais um desdobramento dos saberes filosóficos do que propriamente uma jusfilosofia. Por conta disso, os filósofos "eram, a um só tempo, pensadores dos problemas éticos, sociais, políticos, metafísicos, estéticos, lógicos... e, inclusive jurídicos" (2010,

p. 41). A autonomia da Filosofia do Direito foi conquistada aos poucos, na medida em que as questões foram se especificando e se tornando esclarecidas.

De acordo com Miguel Reale, jusfilósofo brasileiro, a partir dos séculos 18 e 19 a Filosofia do Direito tornou-se mais autônoma, pois a investigação da Filosofia jurídica, inspirada pelo criticismo kantiano, "esboça a passagem do *estudo do Direito Natural* para o *estudo da Filosofia do Direito* (2010, p. 287), ou seja, o Direito passa a ser uma ciência jurídica, pensada a partir das experiências jurídicas e das condições de racionalidade (transcendentais). O ponto decisivo dessa passagem é a obra de Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito* (*Grundlinien der Philosophie des Rechtes* – 1821),[3] que determina o idealismo racional hegeliano, na convicção da consciência livre de preconceitos que o real é racional e o racional é real (1990, p. 13). Nesse sentido, a ideia do Direito implica o conceito e a sua realização. O verdadeiro conceito do Direito assume a realidade, pois "toda a realidade que não for a realidade assumida pelo próprio conceito, é existência passageira, contingência exterior, opinião, aparência superficial, erro, ilusão, etc." (Hegel, 1990, p. 19).

O texto *Princípios da Filosofia do Direito* é uma compilação de aulas no qual Hegel unifica a perspectiva subjetiva e objetiva com a noção de "moralidade objetiva". Em outras palavras, Hegel une a perspectiva externa da ordem jurídica, na qual nossa vontade é obrigada a cumprir (leis estabelecidas e externas ao sujeito – objetivas), com a moral, na qual a noção de dever determina a vontade de modo interno (leis internas ao sujeito – subjetivas). Assim, com a noção de "moralidade objetiva", o Direito é entendido como uma ciência aplicada, na qual o conceito deixa de ser abstrato e assume a realidade e vice-versa.

[3] A obra de Hegel é o ponto marcante para a autonomia da Filosofia do Direito. Para introduzir-se no tema, conferir Hegel, 1990.

De acordo com Reale, no estudo da Filosofia do Direito "cabe distinguir entre uma *Filosofia Jurídica implícita*, que se prolonga no mundo ocidental, desde os pré-socráticos até Kant, e uma *Filosofia Jurídica explícita* consciente da autonomia" (2010, p. 286). A terminologia de Reale, que distingue a Filosofia do Direito de maneira implícita e explícita, propõe um processo de maturação da Filosofia do Direito no decorrer da história do pensamento.

Nesse sentido, a Filosofia jurídica implícita, ou seja, temas jurídicos debatidos junto aos temas filosóficos, teria se iniciado ainda com os sofistas, na antiga Grécia, no século 5 a.C. Os sofistas, especialmente Górgias e Protágoras, iniciaram o debate e o processo de autonomia dos argumentos, pois negaram o caráter da universalidade da Justiça e do Direito forçando seus opositores a rebater suas teses. Esses debates iniciaram o processo de constante discussão e investigação de temas também jurídicos, incitaram a pensar as questões jurídicas a partir de problemas filosóficos (Silva, 2012, p. 4).

A Filosofia jurídica explícita, a partir de Hegel, pensada no seu próprio objeto de atuação prática, iniciou o seu progressivo "movimento de investigação exclusivamente jurídica" (Bittar; Almeida, 2010, p. 41-42) por meio da especificidade do pensamento do Direito. Esse movimento progressivo de investigação jurídica deu-se devido à própria complexidade do Direito Positivo e da necessidade de compreender as especificidades das práticas e técnicas jurídicas. Desse modo, surgiram vários especialistas[4] na área da Filosofia do Direito, jusfilósofos, os quais, não sendo filósofos de formação, desenvolveram suas próprias teorias jurídicas (Bittar; Almeida, 2010, p.42.).

[4] Bittar e Almeida citam alguns especialistas da Filosofia do Direito: Savigny (1779-1861), Puchta (1798-1846), Ihering (1818-1892), Windscheid (1817-1892), Stammler (1856-1938), Hans Kelsen (1881-1973), entre outros (2010, p. 42).

Essa especialização da Filosofia Jurídica explícita, porém, e o consequente surgimento dos jusfilósofos, fez surgir a ideia de complementaridade entre os conhecimentos filosóficos e jurídicos, pois a jusfilosofia não é exclusividade do jurista e os problemas jurídicos não podem ser menosprezados pelo conhecimento filosófico, daí a ideia de uma Filosofia do Direito autônoma, como um conjunto de saberes jurídicos de interesse da Filosofia e do Direito.

Na esteira da complementaridade entre os conhecimentos, a chave para compreender o pensamento filosófico do Direito e o papel do jusfilósofo está no fato de que "ao mesmo tempo que se reconhece que o pensador do Direito não pode prescindir de conhecer o ramo ao qual se dedica, não pode muito menos estar despreparado para pensar filosófica e adequadamente os problemas" (Bittar; Almeida, 2010, p. 42). Em vista disto, mesmo ligada teoricamente à Filosofia, a Filosofia do Direito não perde sua autonomia jusfilosófica.

Conforme Silva, "quando falamos em Filosofia do Direito, queremos nos referir a um ramo especializado da Filosofia Geral que se ocupa com uma variedade de temas de interesse ao campo do Direito" (2012, p. 1). Dos muitos temas com que se ocupa a Filosofia do Direito, destacam-se o problema da justiça, a teoria do Direito Natural, a teoria do Direito Positivo, moral e Direito, lei e equidade, etc.

A Filosofia do Direito não é objeto apenas de interesse dos magistrados, promotores, advogados, delegados de polícia, defensores públicos, políticos, etc., mas também de especulações de outros pensadores que se interessam pelo jurídico. A área de abrangência da Filosofia do Direito ultrapassa o cotidiano dos tribunais, atingindo também a vida de pessoas comuns.

De uma maneira bem simples, o Direito é uma "teia" que envolve toda a vida social. Daí a importância de pensar o Direito tendo em vista a compreensão de seus fundamentos primeiros e últimos. Essa tarefa cabe ao filósofo do Direito (jusfilósofo), que busca compreender e discutir as questões elementares da prática jurídica. O jusfilósofo é "aquele que não se satisfaz com estruturas de pensamento superficiais, mas procura ir às últimas consequências para compreender as reais estruturas dos institutos de interesse ao fenômeno jurídico" (Silva, 2012, p. 2). Desse modo, ratifica-se a ideia de que a Filosofia do Direito não é somente uma disciplina de especulações filosóficas, mas um esforço especulativo sobre a natureza da prática jurídica. Em consonância com essa ideia, de acordo com Shiner, a Filosofia do Direito é também chamada de jurisprudência geral, isto é, "o estudo dos problemas conceptuais e teóricos que dizem respeito à natureza do direito como tal, ou comum a todos os sistemas legais" (2006, p. 384).

Ao definir a Filosofia do Direito, Reale começa enfatizando o caráter especulativo da Filosofia como ciência do espírito, afirmando que "a filosofia deve ser vista como atividade perene do espírito, como *paixão pela verdade essencial* e, nesse sentido, realiza [...] a qualidade inerente a toda a ciência: a insatisfação dos resultados e a procura cuidadosa de mais claros fundamentos" (Reale, 2010, p. 9). Evidentemente que a preocupação da Filosofia, assim como de qualquer ciência, é buscar verdades de valor universal.

Ainda segundo Reale, "o direito é realidade universal. Onde quer que exista o homem, aí existe o direito como expressão de vida e de convivência" (2010, p. 9). Ao entender o Direito como um fenômeno universal, torna-se evidente o porquê de o Direito ser suscetível de indagações filosóficas, pois a Filosofia busca sempre indagar sobre o sentido universal. Desse modo, a Filosofia do Direito é uma autorrefle-

xão do próprio Direito, a qual desperta "a necessidade de especulação do problema jurídico em suas raízes, independentemente de preocupações imediatas de ordem prática" (Reale, 2010, p. 10).

A Filosofia do Direito é o conhecimento jurídico geral, que estuda os princípios fundamentais da ciência jurídica. Em outras palavras, é a disciplina que especula os temas de interesse jurídico. O jusfilósofo não se ocupa tanto em apresentar respostas definitivas aos questionamentos jurídicos, pois "não é papel da Filosofia do Direito sustentar respostas dogmáticas aos temas de seu interesse" (Silva, 2012, p. 3). Para cada assunto problematizado na Filosofia do Direito existe um vasto número de teorias e pontos de vista conflitantes, teses e antíteses das mais diversas, que na atividade jurídica o investigador do Direito terá de aprender a lidar com o debate.

Um exemplo dessa oposição de teorias e o constante debate é a discussão sobre a natureza da lei. Ainda na Antiguidade, a discussão sobre a natureza da lei fez surgir o debate entre os que defendem uma origem natural da lei, jusnaturalistas, e os que defendem que a origem da lei é racional (juspositivistas).[5] No sistema jurídico, cabe aos jusfilósofos encontrar o equilíbrio entre os argumentos que colidem. As discussões sobre os temas da Filosofia do Direito têm o papel de quebrar com as frágeis estruturas argumentativas e convicções. Enfim, é um ramo do Direito e de todas as ciências que necessita estar aberto às variadas linhas de argumentos e temáticas, teorias críticas em constante aperfeiçoamento.

O objeto da jusfilosofia é o Direito. A especificidade jurídica distancia o conjunto de saberes jurídicos da Filosofia geral, entretanto, como observam Bittar e Almeida, essa distância não exclui o importante

[5] Para aprofundar essa discussão da natureza da lei, veja Malfatti, 1996.

fato "de que a filosofia lança luzes sobre a Filosofia do Direito, e vice-versa" (2010, p. 42). Desse modo, o diálogo constante entre os saberes da Filosofia e do Direito é salutar para a Filosofia do Direito, para o saber e para as práticas sociais humanas.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução Maria Liza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.

BITTAR, C. B. Eduardo; ALMEIDA, Guilherme de Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAUÍ, Marilena. *Iniciação à filosofia*. São Paulo: Ática, 2010.

COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. Tradução Homero Santiago e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e os princípios da moral*. Tradução José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora da UNESP, 2003.

IGLÉSIAS, Maura. O que é filosofia e para que serve. In: REZENDE, Antonio. *Curso de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

CATOLICA-BIBLIOTECA

KANT, Immamuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MALFATTI, Selvino Antônio. Consenso e convenção nos antigos. *Reflexão*, Campinas: Instituto de Filosofia; Puc-Camp, v. 21, n. 66, 1996.

PLATÃO. *Teeteto*. Tradução Carlos Alberto Nunes. Belém: Edufpa, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, João Guimarães. Aletria e Hermenêutica. In: *Ficção Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995.

RUSSELL, Bertrand. *Os problemas da filosofia*. Tradução Jaimir Conte. Florianópolis, 2005. Disponível em: <http://conte.prof.ufsc.br/txt-russell.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

SHINER, Roger A. Filosofia do Direito. In: AUDI, Robert (Dir.) *Dicionário de Filosofia de Cambridge*. Tradução João Paixão Neto, Edwino Aloysius Royer et al. São Paulo: Paulus, 2006.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso moderno de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012.

STRAWSON, Peter F. *Ceticismo e naturalismo*. Tradução Jaimir Conte. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2008.

JUSTIÇA E ÉTICA COMO FUNDAMENTOS DO DIREITO EM SÓCRATES E PLATÃO

Gérson Pereira Filho

ANTECEDENTES DA FILOSOFIA DO DIREITO EM SÓCRATES E PLATÃO

A Filosofia do Direito, em seu sentido estrito e com a abrangência temática que lhe assegura papel fundamental e autônomo para investigar toda a complexidade das relações e instituições jurídicas, é obra do pensamento moderno e contemporâneo. No conjunto geral das questões pertinentes às indagações filosóficas, contudo, desde seus primórdios, já nos deparamos imediatamente com as reflexões e proposições que nos remetem a esta área que denominamos *Filosofia do Direito*. Neste caso, porém, delimitar aspectos relacionados à Filosofia do Direito na Antiguidade é pensar sobre o conceito de justiça e seus desdobramentos em relação à conduta humana, à ética, à política, à educação e ao ordenamento da vida social.

A palavra justiça (do latim *justitia*, ou do grego *dikaiosyne*) indica "a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem" (Abbagnano, 2000, p. 593). A justiça está associada ao conceito matemático daquilo que está dentro das medidas e proporções corretas;

aquilo que é geometricamente reto (do grego *orthós*); daí seu sentido moral, ético, jurídico, enquanto aquilo que é *direito* (do latim *directus*), que está em conformidade com o modo correto de se viver em sociedade.

No contexto da Antiguidade grega, o sentido de justiça perpassa três direções que influenciaram a maneira de se pensar filosoficamente a questão. Num primeiro sentido, a justiça está associada aos deuses e a seu modo de agir e interferir no universo e no destino humano; é justo aquilo que está de acordo com a vontade, a sabedoria, a perfeição e a intenção divina. É esta a ideia presente nas mitologias, nas obras literárias épicas e mesmo em algumas das primeiras reflexões filosóficas. A justiça personifica-se na deusa *Diké*, que é a responsável por julgar e impor ao mundo humano o que é certo, justo, direito. Num segundo sentido, mais presente nos primeiros filósofos, a justiça se identifica-se com a natureza (no grego *phýsis*), a harmonia e o equilíbrio cósmicos, estar em conformidade com as leis naturais. Em seu terceiro sentido, decorrente do processo de racionalização e dessacralização promovido pela Filosofia, a justiça passa a ser concebida em sua dimensão humana, enquanto maneira de se definir e educar a conduta a partir dos costumes, valores, normas, instituições que regulamentam a vida social e política (a vida na *pólis*, Cidade-Estado grega), enfim, aquilo que fundamenta a lei (no grego, *nómos*).

O diálogo platônico *Fédon*[1] traz um relato de Sócrates a seus interlocutores em que revela como teria ocorrido seu despertamento para a filosofia, especialmente quanto à passagem de uma investigação filosó-

[1] Como se acredita, o filósofo Sócrates (469/470 a 399 a.C) nada registrou por escrito. Sua Filosofia foi difundida na oralidade, por meio dos ensinamentos e debates com os discípulos ou com seus opositores. As ideias e teorias socráticas são apresentadas, em grande parte, na obra de seu discípulo Platão (428/427 a 348/347 a.C). Sócrates aparece como personagem principal na maioria dos quase 30 livros escritos por Platão na forma de "diálogos". O diálogo *Fédon* recebe, como outros, o nome de um dos dis-

fica sobre a natureza para as questões específicas sobre o ser humano e sua vida em sociedade. O diálogo envolve uma conversa entre Sócrates, às vésperas de sua morte, e alguns de seus discípulos. Estes muito se admiram de que o mestre não demonstre nenhum temor diante da morte que se aproxima e querem saber a razão disso, talvez decorrente da crença de Sócrates numa alma imortal. O fundamento das reflexões socráticas é de que a sabedoria filosófica deve anular o temor da morte, uma vez que ensina o caminho do bem. Nesse contexto insere-se o relato do filósofo, que assim comenta:

> Sócrates: Se o desejares, poderei relatar-te detalhadamente as minhas experiências a esse respeito. E se vires que uma ou outra coisa do que eu disser é útil aproveita-a para reforçar tua tese (...). Escuta, então, o que vou contar: em minha mocidade senti-me apaixonado por esse gênero de estudos a que dão o nome de "exame da natureza"; parecia-me admirável, com efeito, conhecer as causas de tudo, saber por que tudo vem à existência, por que perece e por que existe. Muitas vezes detive-me seriamente a examinar questões como esta (...). E acabei por me convencer de que em face dessas pesquisas eu era duma inaptidão notável! (....) Pois bem, essa espécie de estudo chegou a produzir em mim uma tal cegueira que desaprendi até aquelas coisas que antes eu imaginava saber (...). Minha esperança de chegar a conhecer os seres começava a esvair-se (....). Refleti que devia buscar refúgio nas ideias e procurar nelas a verdade das coisas.(...). Enfim, e para dizer tudo, não sei absolutamente como qualquer coisa tem origem, desaparece ou existe, segundo este procedimento metodológico. Escolhi então outro método, pois, de qualquer modo, este não me serve (Fédon, 96a/96e e 97b).[2]

cípulos socráticos e traz como temática principal a questão da morte e da imortalidade, a partir da descrição dos acontecimentos que envolveram os últimos episódios da vida de Sócrates na prisão, condenado à morte. É nesse contexto que Sócrates traça vários relatos autobiográficos, sobretudo sobre sua trajetória filosófica.

[2] De acordo com a forma padrão de marcação dos textos platônicos, cada passagem dos diálogos recebe uma numeração seguida de uma letra, o que permite a identificação nos manuscritos originais. Aproveitamos para informar também que a citação dos termos

As conversações neste diálogo conduzem à elaboração de algumas das principais teorias socráticas a respeito da alma (no grego, *psychê*) e também sobre o papel do filósofo e da Filosofia, além de introduzir um dos pontos centrais da Filosofia socrático-platônica que é a chamada "teoria das formas" ou "das ideias".[3] Essas e outras importantes questões teóricas e conceituais que aparecem nesse e noutros *diálogos* platônicos estão relacionadas às possíveis análises que apontam para uma Filosofia do Direito em Sócrates e Platão, pois remetem aos conceitos de justiça, ética, verdade, bem, política, legislação e sociedade. De imediato, no entanto, interessa-nos chamar a atenção para a questão metodológica aí estabelecida, demonstrando a ruptura ou transição socrática da chamada Filosofia cosmológica ou da "*phýsis*" (natureza) e o desenvolvimento de seu método investigativo para a fase antropológica e política da Filosofia grega clássica.

A História costuma nos apresentar as origens desta nova maneira de pensar – a Filosofia – a partir dos primeiros filósofos gregos conhecidos como "pré-socráticos" e que abrange o período que vai do século 6º ao 4º a.C. São diversas escolas ou tendências que constituem esta fase inicial da história da Filosofia grega, não havendo, portanto, uma unidade de pensamento. De acordo com Marilena Chauí, tais filosofias "são pré-socráticas pelos temas que abordam e não porque todos os seus membros teriam nascido e vivido antes de Sócrates" (Chauí, 2002, p. 53).

gregos segue padrão para transliteração conforme norma técnica ISO 843,1997, com pequenas variações no caso de termos que tenham se tornado usual em alguma outra forma de expressão.

[3] Sobre a complexa "teoria das formas" ou "das ideias", sua abordagem foge ao objetivo específico deste capítulo, porém é tema central para quem pretende avançar nos estudos socrático-platônicos, sendo possível encontrar vasta bibliografia a respeito.

Apesar da diversidade teórica entre os "pré-socráticos" que representam, como referido, diferentes escolas de pensamento, é possível identificar alguns temas e características comuns entre estes filósofos. O ponto em comum determinante é aquele que o próprio Sócrates nos indica na citação do diálogo *Fédon* transcrita anteriormente, ou seja, atribui-se aos primeiros filósofos, como eixo central de suas teorias e conceitos, o "*exame da natureza*", mais do que uma preocupação com as questões relacionadas diretamente com o ser humano, o social, o político, a cidade (*a pólis*), a sociedade.

Para o filósofo espanhol Julián Marías, em conformidade com a tradição historiográfica, "toda a primeira etapa da filosofia trata da natureza (phýsis). Aristóteles chama esses pensadores de 'fisiólogos' ou 'os físicos'; fazem uma física com método filosófico" (Marías, 2004, p. 14).

É neste sentido que se costuma, portanto, dividir inicialmente a Filosofia grega, no que se convencionou chamar de Filosofia pré-socrática ou cosmológica, por dedicar-se prioritariamente às questões que envolvem o mundo natural. Posteriormente, sobretudo com Sócrates e Platão, inaugura-se a Filosofia antropológica, em que o ser humano e a vida em sociedade tornam-se o centro das investigações filosóficas.

Decorre desta classificação a ideia de que na fase da Filosofia cosmológica ou da natureza, os pontos principais das indagações filosóficas fossem a busca pelo princípio originário e ordenador de todas as coisas (*archê*); a investigação sobre causa ou causas (*aítia*) do movimento (*kínesis*) dos seres e assim explicar as mudanças que ocorrem continuamente nessa natureza, e o significado da própria natureza (*phýsis*) em si mesma. Ou seja, o foco central da Filosofia pré-socrática seria compreender toda a realidade natural, a partir do processo de geração ou nascimento, crescimento e desenvolvimento, finitude e desaparecimento. Nas palavras de Sócrates tal método seria para conduzir aqueles que desejam "encontrar a causa de cada coisa, segundo a qual nasce, perece

ou existe" (Fédon, 97c). A seu modo, cada filósofo propôs formas explicativas sobre a natureza e suas mudanças, ou seja, aquilo que pode ser chamado de "leis naturais" que garantem a ordem cósmica.

É este o ponto que nos interessa aqui. Ao considerar esta divisão da Filosofia grega entre a fase cosmológica (pré-socrática) e a antropológica (a partir de Sócrates e Platão), tenderíamos, talvez, à dedução de que entre os primeiros filósofos não encontraríamos nada que pudesse interessar a uma Filosofia do Direito na Antiguidade, posto que ali as questões se restringiriam ao mundo da Física, da natureza ou, no máximo, falaríamos em "leis naturais". Nesse raciocínio, de fato, seria a partir de Sócrates e Platão, que voltaram sua atenção para as questões humanas, que poderíamos encontrar aspectos relacionados aos temas pertinentes a uma Filosofia do Direito na forma em que veio a se desenvolver posteriormente. Teria ocorrido uma ruptura metodológica como o próprio Sócrates pretendeu delimitar em seus relatos no diálogo *Fédon*.

Não é bem isto que ocorre, porém. Essa ruptura, ainda que exista, não é plena nem tão simples, uma vez que permanece um profundo vínculo entre a Filosofia antropológica de Sócrates e Platão com as influências e questões levantadas anteriormente. De fato ocorre grande intercessão metodológica e teórica na trajetória filosófica grega ao se tratar de temas relacionados a aspectos jurídicos, éticos, políticos, sociais e questões similares. Assim sendo, pensar sobre uma Filosofia do Direito em Sócrates e Platão obriga-nos a retomar alguns aspectos dessa intercessão teórica. Especificamente, não poderíamos afirmar que, pelo fato de se dedicarem ao *"exame da natureza"* os pré-socráticos não tenham oferecido desde cedo reflexões pertinentes ao campo da justiça humana e suas implicações. Por outro lado, a Antropologia socrático-platônica em muitos aspectos permaneceu influenciada por concepções e práticas já presentes na formação do pensamento grego.

De acordo com o filósofo Lima Vaz, "conciliar a necessidade cósmica e a liberdade humana será um dos desafios que a filosofia terá permanentemente diante de si" (Vaz, 1991, p. 29). Isto porque, para esse filósofo, a *linha antropológica* do pensamento grego sempre esteve espelhada na *linha cosmológica* e esta, conectada à *linha teológica*. Isto é, não teria ocorrido uma ruptura radical entre as concepções filosóficas cosmológicas ou antropológicas com aquelas presentes em algumas das elaborações míticas e religiosas da tradição oral ou das primeiras narrativas escritas que abordaram a relação entre os deuses e os homens.

De certa maneira, a *ordem cósmica* investigada pelos primeiros filósofos teria como pano de fundo a intenção de compreender as leis da natureza em correlação com as leis divinas impostas a este cosmos. Por outro lado, é desta observação, contemplação, teorização (no grego, teoria significa ver, contemplar) da ordem cósmica, da ordem natural, que o ser humano estabelece um parâmetro como garantia da ordem na *pólis*, sua cidade. Assim é que há uma *correspondência* ou *semelhança* (no grego, o conceito de homologia, de *homo*, igual, semelhante) entre a ordem cósmica e natural com a ordem humana e da cidade (*pólis*). No contexto da Filosofia grega, portanto, tal relação de semelhança e correspondência "deve reinar entre a ordem do universo que será tematizada filosoficamente no conceito de 'natureza' ou phýsis e a ordem da cidade (pólis) regida por leis justas" (Vaz, 1991, p. 28). É desta relação que advém a comparação entre o macrocosmo (universo) e o microcosmo (a cidade, o homem), um como paradigma do outro, ideia presente no pensamento grego clássico e que ressurge no humanismo renascentista de princípios da Era Moderna. Igualmente poderíamos afirmar que este foi o paradigma platônico entre um modelo ideal da realidade diante da realidade conhecida, um modelo ideal de cidade diante da cidade real, um modelo de justiça, diante da justiça de fato possível de ser praticada nas relações humanas e sociais.

O conceito de cosmo ou cosmos (*kósmos*) representa a ideia de ordem, harmonia, equilíbrio. Para os primeiros filósofos, portanto, investigar e compreender este cosmos, ou seja, elaborar uma cosmologia, enquanto ciência da natureza, seria aceitar a natureza como justa, ordenada, oposta ao caos (desordem, desunião, confusão). Tais imagens provêm da mitologia grega e servem para representar o mundo natural, assim como o mundo humano. A justiça humana será aquela da ordem, do equilíbrio, da harmonia entre as partes e forças, do mesmo modo como ocorre na natureza. Conforme Chauí, "embora a filosofia nasça como cosmologia, isto é, voltada para a explicação da natureza (...) há uma 'projeção da pólis no universo',[4] isto é, o vocabulário das relações sociopolíticas e morais é o vocabulário usado para explicar a natureza" (2002, p. 45). Observa ainda Chauí que o conceito de *cosmos*, na tradição grega, antes de ter seu significado vinculado diretamente ao mundo da natureza, era aplicado para se referir aos modos da organização humana, tanto na vida cotidiana (hábitos, comportamentos) quanto nos rituais e regras disciplinares, assim "cosmos significa, inicialmente, a ação das pessoas num comportamento conforme ao estabelecido; depois, indica a ação humana que produz ordem nas coisas; e, finalmente, com a filosofia, passa a referir-se à ordem e organização do mundo" (Chauí, 2002, p. 47).

Com base nessas afirmações, a referida autora conclui que esta concepção de cosmos como ordem universal desdobra-se na concepção do que é justo e do que é a justiça. A ordem da natureza é justa, pois ordenada conforme as regras, comportamentos, ações, leis, em conformidade com a justiça natural, possuidoras de uma causalidade que conduz ao que é justo. E justiça significa estar em ordem, em equilíbrio, em harmonia, o que traduz, para a cultura grega, um dos princípios que deve

[4] Aqui Chauí cita Werner Jaeger, autor da clássica obra *Paidéia, a formação do homem grego*. Traduzida no Brasil pela Editora Martins Fontes, várias edições.

ser levado a sério, aquele da "justa medida", do "justo meio", a medida certa, nada em falta, nada em excesso (no grego, *méden ágan*), o que somente é possível mediante um comportamento moderado, equilibrado (*sofrosýne)*, virtude defendida por Sócrates como das mais valiosas. Essa atitude equilibrada e justa é possível, de acordo com a máxima grega sugerida nos cultos a Apolo, na medida em que se exercita o conhecimento de si, o "conhece-te a ti mesmo" (*gnôthi sautón*) adotado também por Sócrates como princípio norteador da conduta humana. É por meio da medida justa e da harmonia que se combate o seu oposto, ou seja, a *hýbris*, que seria a desmedida, o desregramento, a discórdia, o conflito, a injustiça. A justiça enquanto medida certa transforma-se em virtude moral e regramento jurídico. A construção de uma concepção ou teoria sobre a justiça e a ética entre os filósofos gregos está, portanto, estritamente vinculada à noção de uma justiça natural que rege o universo, ainda que, como observado por Vaz, "ao longo do século 5º a.C., o problema antropológico sobrepõe-se pouco a pouco ao problema cosmológico como centro teórico de interesse na filosofia grega" (1991, p. 31).

Ao analisar o conceito de Direito em seu *Dicionário de Filosofia*, o italiano Nicola Abbagnano (2000) desenvolve um longo verbete para demonstrar que tal área de estudos que norteia a ciência jurídica nasce e se desenvolve com os fundamentos derivados do "Direito Natural", de onde provém o campo do "*jusnaturalismo*" que permanece presente em algumas doutrinas modernas. O Direito Natural decorre da ideia de que o comportamento humano, suas regras, normas, leis e convenções deve se apoiar em princípios naturais e justos, decorrentes da própria natureza. Ocorre, em linhas gerais, a relação entre a natureza e sua ordem natural com a ordem humana, política, ética e jurídica.

Desse modo encontramos, com certeza, preocupações e formulações que esboçam uma Filosofia ou teoria do Direito ou da justiça, em autores épicos e míticos, como Homero e Hesíodo, ou ainda entre

CATOLICA-BIBLIOTECA

os poetas e dramaturgos que antecederam os filósofos. Pensemos, por exemplo, nas tragédias gregas, obras literárias mítico-filosóficas, que permitem profundas reflexões sobre a justiça e o comportamento ético e moral dos seres humanos em suas múltiplas relações.

Devemos ainda registrar que, conforme estudado na história do Direito, a Grécia deixou como legado relevantes modelos legislativos e jurídicos propostos por célebres legisladores (*nomothétas*) como Drácon (século 7° a.C), Sólon (séculos 7°/6° a.C), Clístenes (séculos 6°/5° a.C), dentre outros, responsáveis, sobretudo, pela constituição da democracia ateniense, introduzindo reformas sociais e políticas para a regulamentação das instituições fundadoras da *pólis* grega. Estas iniciativas legislativas e jurídicas concretas e históricas estavam imbuídas destas concepções teóricas iniciais. Claro está, portanto, que os ditos filósofos pré-socráticos não ficaram alheios às reflexões e debates pertinentes aos assuntos do Direito, da ética, da justiça.

Muitos dos filósofos antigos, inclusive Sócrates e Platão, tiveram participação política ativa e, consequentemente atuação jurídica e legislativa no exercício de funções ou ações no âmbito da vida pública. Segundo um dos principais biógrafos dos filósofos gregos que escreveu sua obra "*Vida e doutrina dos filósofos ilustres*" ainda na Antiguidade (século 3° d.C.), Diógenes Laertios, Tales, ao obter cidadania na cidade de Miletos, na Jônia, além de se dedicar aos estudos de Física, Astronomia e Matemática, teria mantido atividade política e emitido princípios políticos como parte de seus ensinos e já teria adotado como máximas de vida o "*conhece-te a ti mesmo*" e o "*nada em excesso*", como princípios da justiça e do saber. Esta prática política e legislativa seria mais ou menos comum a todos estes primeiros pensadores. Os relatos biográficos indicam esta participação direta dos filósofos junto aos governos de suas cidades, muitas vezes como elaboradores de leis ou numa espécie de assessoria a legisladores. Essa prática estende-se às várias escolas

filosóficas, antes e depois de Sócrates, como notaremos, por exemplo, na academia platônica e outras que se estendem até ao período romano. Além desse ativismo político e legislativo, encontramos registros teóricos nas obras filosóficas que chegaram até nós e que trazem questões pertinentes à Filosofia do Direito.

Poderíamos analisar diferentes abordagens a respeito das questões que interessam à Filosofia do Direito, a partir do pensamento de praticamente todas as escolas filosóficas pré-socráticas, porém, nos restringimos aqui a um único exemplo, a partir da citação de Demócrito de Abdera, conhecido por sua teoria atomista, precursor de muitos dos pressupostos das Ciências Naturais modernas, mas que talvez tenha escrito e ensinado muito mais sobre ética, política e assuntos humanos do que sobre as Ciências Naturais; é ele quem afirma, em um de seus aforismos, que

> é preciso julgar de maior importância que tudo o mais, os interesses da cidade, para que sejam bem dirigidos sem armar contendas contrárias ao direito e sem assumir para si um poder contrário ao bem comum. Uma cidade bem dirigida é o maior apoio e tudo nela está contido: salva a cidade, tudo está salvo; destruída a cidade, tudo está destruído (...) A lei quer beneficiar a vida dos homens, mas ela pode fazê-lo quando eles querem receber o benefício, pois indica para os que o querem a virtude que lhes é própria (Souza, 1985, p. 342-343).

SÓCRATES: justiça e ética como sabedoria e prática do agir humano

Algumas das edições dos diálogos platônicos costumam atribuir um subtítulo a eles, que indica o tema sobre o qual versa a obra. Um dos diálogos, que registra os últimos acontecimentos que envolvem a morte de Sócrates, é o *Críton*, discípulo e amigo que o acompanhou até

o momento final da vida. Pois bem, tal diálogo recebe o subtítulo "*do dever*" e nele, conforme Watanabe (1995, p. 123), Sócrates "ensaia um primeiro diálogo com as leis!"

De fato, em *Críton* nos deparamos com belas páginas que discorrem sobre o sentido da justiça e por que a justa conduta deve sempre vencer e superar a injustiça; além do que, para validar sua busca pela justiça, Sócrates demonstra acreditar no caminho das leis como a melhor forma de preservar a cidade. O cidadão justo deverá ser fiel às leis de sua cidade e acreditar que tais leis almejam a justiça e a verdade naquilo que seja o melhor para seus cidadãos.

O contexto apresentado em *Críton* é a proposta que este e outros amigos trazem a Sócrates, já preso, para fugir da prisão e partir para o exílio. Informam já terem pensado em tudo que possa garantir o sucesso da fuga, como o suborno aos carcereiros, o dinheiro para a viagem, a proteção à família, a organização do local para a fuga e tudo o mais. Para *Críton* e todos aqueles que estão auxiliando na empreitada, a fuga seria o melhor a se fazer, pois entendem que a condenação aplicada a Sócrates seja totalmente injusta (e com isto Sócrates parece concordar, também admitindo ser vítima de uma injustiça).

Todos os argumentos de *Críton*, no entanto, são em vão; nada convence Sócrates a aceitar tamanha benevolência de seus amigos. Ao contrário, é Sócrates quem domina a cena do diálogo para elaborar profundas concepções e reflexões sobre o que é a justiça e sobre a necessidade de preservar a coerência de sua Filosofia praticada durante toda a vida; melhor seria morrer, mesmo que injustamente, do que trair a si mesmo em suas convicções sobre o que é justo. Sócrates, ao constatar que toda injustiça é malévola e indigna, afirma que "não devemos cometer injustiças contra os que as cometem contra nós, mesmo que este povo julgue isto justo" (Críton, 48c).

O principal argumento de Sócrates é de que passou toda a sua vida ensinando que se deve procurar a prática da virtude, a conduta pelo bem e pela justiça. Ao contrário do que afirmavam seus acusadores de que ele seria um corruptor da juventude, sua preocupação teria sido educar os jovens para a fidelidade à cidade, acreditando em suas leis e na possibilidade de se atingir a justiça. Tamanho teria sido este compromisso com a cidade (Atenas, no caso) e suas leis que pouquíssimas vezes ele teria se ausentado dela, e mesmo quando o fez, foi no cumprimento de seus deveres cívicos (consta que o afastamento de Sócrates de Atenas teria ocorrido apenas três vezes, na condição de combatente em batalhas militares na defesa da cidade), optando por ali viver, como bom cidadão, em conformidade com o regime político instituído e com as leis estabelecidas. Mesmo diante de seu julgamento, em que poderia ter escolhido o exílio, e não a morte, como permitia a lei, ele não o fez, por considerar que seria seu dever cumprir com aquilo que as leis de sua cidade considerassem o mais apropriado a seu caso. Exilar-se seria desprezar a cidade à qual destinara sua vida e Filosofia. A proposta de fuga do amigo *Críton*, portanto, é vista como vergonhosa e inaceitável. Nem mesmo a injustiça se paga com injustiça. Se as leis e os que o julgaram foram injustos com ele, caberia à própria cidade este reconhecimento; a ele, na condição de cidadão justo, restaria acatar a pena estabelecida, em nome da preservação da cidade e suas leis.

É fato que este diálogo socrático carrega, como outros, uma grande dosagem da ironia típica do filósofo, mas tudo indica que tal seria mesmo a convicção que o dirigia. É o que encontramos em seus biógrafos antigos e especialmente nas investigações filosóficas que nos são apresentadas nos diálogos platônicos. Como referido anteriormente, Sócrates teria combatido como soldado em três importantes batalhas militares, tendo sido realçado por sua coragem e modéstia, virtudes valiosas no conceito grego. Outras vezes, escolhido pela assembleia de acordo com os critérios de governo ateniense, atuou como responsável

em alguns casos de julgamento de acusados perante a cidade; contrariando a vontade de inimigos políticos que exigiam penas rigorosas, Sócrates conduziu os fatos apoiado naquilo que acreditava ser o rigoroso cumprimento das leis. Situações como essas contribuíram para angariar desafetos que passaram a procurar ocasiões e motivos para o acusarem, o que mais tarde lhe custou a vida.

Para entender o pensamento socrático é necessário, antes de tudo, compreender quem eram os destinatários de seus questionamentos, críticas e argumentações. Eram, sobretudo, os sofistas, os políticos demagogos e muitos dos ocupantes de cargos públicos. A sofística pode ser considerada uma escola filosófica e política que vigorou na Grécia clássica, no século 5° a.C. Fundadores de inovador método educacional, a despeito das diferenças entre si, os sofistas são conhecidos como grandes mestres, professores, retóricos e oradores, que se propunham à educação remunerada dos jovens, prometendo transformá-los em habilidosos líderes e políticos, aptos ao exercício dos cargos e funções públicas vigentes na democracia ateniense. Alguns sofistas são identificados por suas propostas pragmáticas, voltadas para fins imediatos, que ofereciam vantagens políticas e financeiras, honrarias e fama, por meio do domínio técnico do raciocínio e do discurso, de modo a encantar e convencer seguidores e bajuladores. Estes sofistas são diretamente criticados e rejeitados por Sócrates. A ira e a ironia socráticas contra os sofistas visavam à desqualificação dos ensinamentos promovidos por tais mestres que, segundo Sócrates, estariam afastados da preocupação com a verdade do conhecimento e com a prática de uma ética virtuosa. A virtude (*areté*) sofística, ensinada por esses "*professores de virtude*", como encontramos no diálogo que leva o nome de um dos grandes sofistas, *Protágoras*, seria movida por falsos princípios e falsos saberes, na visão socrática. Tanto que neste diálogo, *Protágoras*, como noutros (caso do *Mênon*), uma das questões principais é investigar o que seja a virtude e se ela pode ser ensinada. Divergindo em método e em definição, Sócrates

tornou-se grande rebatedor dos ensinamentos sofísticos ao propor, em seu método dialógico e reflexivo, a busca pelo conhecimento verdadeiro capaz de conduzir os cidadãos para a prática do bem e da justiça. Os sofistas são considerados pelo grupo socrático como demagogos, levianos, charlatães, enganadores (hoje a crítica filosófica questiona, ao menos parcialmente, essa concepção, ao reconhecer entre os sofistas importantes e sérios pensadores). Contra isso, Sócrates e seus discípulos desejam uma prática filosófica que tem por fim a verdade e a reta conduta ética, o que somente será possível com uma nova educação (*paidéia*) afastada da falsa retórica sofística e da ingenuidade dos mitos arcaicos (embora as narrativas míticas sejam amplamente utilizadas como fins pedagógicos nos *diálogos*), para se fundamentar na investigação racional da verdadeira Filosofia.

É desta oposição – socráticos contra sofistas – que ganha força no cenário filosófico ateniense o aprofundamento das questões que marcam a passagem da Filosofia da *phýsis* (natureza) para a política e a ética, o que envolve necessariamente o debate em torno das ações, relações e convenções dos seres humanos na cidade/sociedade. O conceito de *nómos*, no sentido de costumes e leis, vem a ser considerado central no contexto. O papel da Filosofia passa a ser investigar a possibilidade de que as pessoas e a sociedade sejam felizes em sua existência, mediante a educação da razão e da conduta.

Não é adequado admitir que Sócrates, ou mesmo Platão, tenham elaborado uma Filosofia do Direito, no sentido moderno deste campo de estudos (embora no caso de Platão possamos encontrar formulações teóricas mais amplamente desenvolvidas). Segundo o grande jurista e filósofo Reale,

> o termo Filosofia do Direito pode ser empregado em acepção lata, abrangente de todas as formas de indagação sobre o valor e a função das normas que governam a vida social no sentido

> do justo, ou em acepção restrita, para indicar o estudo metódico dos pressupostos ou condições da experiência jurídica considerada em sua unidade sistemática (Reale, 2002, p. 285).

É em seu sentido mais geral, portanto, que podemos falar, conforme aponta Reale a partir da citação anterior, numa Filosofia do Direito desde os primórdios da Filosofia, pois são inerentes à inquietação filosófica os temas próprios da existência jurídica, tais como a questão da justiça, da ética, dos valores, da convivência social e política e de suas regulamentações normativas. Neste caso, podemos argumentar que o método investigativo socrático, denominado *"maiêutico"*, baseado no processo de perguntas, reflexões e possíveis respostas que acabam por conduzir a novas perguntas e dúvidas *(aporias)*, abriu caminho para o método dialético apresentado por Platão que parte das opiniões gerais (senso comum) à busca das possíveis verdades racionais, tendo assim possibilitado significativos postulados à Filosofia do Direito.

É certo que a Filosofia socrática é muito mais decorrente de uma prática de vida do que de elaborações teóricas; porém uma coisa conduz à outra, necessariamente.

No regime administrativo, político e judicial de Atenas, havia a figura do "arconte-rei", resquício dos tempos monárquicos, cuja função à época socrática era a de um magistrado, um juiz, responsável pelas ações penais e audiências jurídicas. É no cenário em frente ao pórtico do arconte-rei, uma espécie de *fórum* como sede do poder Judiciário ateniense, que se trava outro dos diálogos socráticos, escrito por Platão, o *Eutífrone* ou *da piedade*. O personagem em questão, *Eutífrone*, ali está para proceder a uma denúncia judicial, onde pretende delatar o próprio pai, acusando-o de homicídio contra um de seus servos. Na verdade, um homicídio indireto, ou, como se diria hoje, um homicídio culposo, sem a intenção de matar. O servo em questão envolveu-se em uma briga e degolou um adversário, sendo assim castigado pelo pai de *Eutífrone*, o

patrão. Em razão do castigo que foi ter ficado amarrado no fundo de uma cisterna, o servo veio a morrer em decorrência das condições adversas de fome, frio e imobilidade. O desenvolvimento do diálogo se dá em torno do dilema de *Eutífrone* sobre sua atitude, se certa ou errada, ao acusar o pai. Especialmente porque, na opinião geral, o pai não seria o responsável pela morte do servo; este sim é que teria provocado a própria desgraça ao se envolver numa briga ao que tudo indica bêbado e por ter primeiramente agido injustamente. Por outro lado, o pai, por todos considerado um homem justo e piedoso, não mereceria a acusação de assassinato. O diálogo, além de revelar o ambiente judiciário e político da época, demonstra a familiaridade e a prática já usual dos cidadãos em geral diante dos procedimentos e assuntos jurídicos, o que seria fruto do regime democrático. O debate que prossegue e, mais uma vez termina de modo aporético, isto é, sem solucionar as dúvidas levantadas, tem como eixo central a verificação sobre como as ações de cada um podem tornar justo ou ímpio quem as pratica. Há, mais do que uma definição de princípios, uma preocupação com o senso prático, a conduta, o agir perante os outros. *Eutífrone* estaria sendo justo ou impiedoso ao acusar o pai? O pai, ainda que respeitado por ser justo e piedoso, tornara-se ímpio ao descuidar-se do servo que veio à morte? O servo, ímpio em princípio ao degolar a outro, sofreu uma morte injusta? Como solucionar tais questões, pois *"as mesmas coisas uns consideram justas e outros injustas"* (*Eutífrone*, 8a)? Essas colocações também nos remetem a um dos pontos importantes da Filosofia socrática que seria a rejeição ao relativismo sofístico, no caso aplicado à questão da justiça; isto é, a justiça, a verdade, as demais virtudes são relativas ou haverá um sentido de universalidade e validade suprema a ser conhecida pela razão humana?

Esse diálogo é o pano de fundo para outro texto platônico, que alguns consideram mais um monólogo que diálogo, ou seja, a *Apologia* ou *Defesa* de Sócrates perante o tribunal em que é acusado pelos crimes de corruptor da juventude e de impiedade, suspeito de propagar outros

deuses na cidade e induzir os jovens a se rebelarem contra a legalidade. Sócrates estaria ali no pórtico do arconte-rei para a audiência de acusação pelos crimes que teria cometido contra a cidade e não, como era seu costume cotidiano, nas "conversações do Liceu" (Eutífrone, 2a), ou seja, empenhado nos debates políticos e públicos pelas ruas, pela *ágora* (praça pública) ou no Liceu (ginásios de estudos). Essas acusações resultaram na sua condenação, prisão e morte.

Sócrates dispensou os advogados e se propôs a fazer a própria defesa no tribunal. Tal defesa, descrita por Platão no texto da *Apologia*, é registrada também por outras fontes, como a biografia socrática "*Memoráveis*", escrita por outro discípulo, Xenofonte, e demonstra o grande conhecimento que Sócrates possuía sobre as questões jurídicas, as leis, as penas, as argumentações. Contrariando seu desprezo aos sofistas ao rejeitar o método da oratória e da retórica, Sócrates revela grande destreza na técnica discursiva e, ironicamente, como era seu costume, pede desculpas ao tribunal por não dominar a linguagem ali utilizada. Sócrates faz seus acusadores caírem em contradição; comprova a insustentabilidade das acusações que sofre; traz à tona a ilegalidade dos procedimentos utilizados no tribunal que violam as próprias leis estabelecidas e é capaz de convencer os presentes de sua inocência e de que é um cidadão fiel às leis atenienses, compromissado com a preservação da ordem legal na cidade. Apesar disto, o tribunal está corrompido e as verdadeiras razões que levaram Sócrates a julgamento prevalecem, sendo elas a inimizade e perseguição de alguns desafetos que não suportavam as críticas e preceitos socráticos ao expor sobre o comportamento duvidoso de muitos dos políticos e líderes atenienses.

Na verdade Sócrates, assim como Platão, tornou-se crítico ferrenho da democracia ateniense. Não por se opor ao regime democrático, mas por constatar a fragilidade das instituições ditas democráticas, corrompidas pelas práticas e condutas de muitos dos cidadãos e líderes.

Atribuiu o fracasso da democracia à perda dos valores éticos e ao descompromisso com a correta educação dos cidadãos. Mesmo grandes líderes, como o governador Péricles, símbolo do ápice democrático em Atenas, é criticado por se deixar viver cercado de bajuladores, interesseiros e corruptores, além de ter sido incapaz de educar corretamente o próprio filho, que teria se tornado mau exemplo de atuação política. Muitos dos cargos estavam corrompidos por desvios financeiros e subornos, abusos de autoridade passando por cima das leis, ambição e disputas desleais de poder, incompetência e desonestidade e foram fatores responsáveis pela descrença diante do modelo democrático.

Muitas interpretações existem em torno das divergências socráticas e platônicas com a democracia, levando alguns a entenderem que esses filósofos tenderiam a apoiar regimes totalitários ou, no mínimo, representarem certo saudosismo diante dos antigos tempos monárquicos, iludidos pela ideia de uma justiça divina. Stone, na obra "*O julgamento de Sócrates*", chega a afirmar que os seguidores de Sócrates "encaravam a comunidade humana não como um corpo de cidadãos dotados de direitos iguais, mas como um rebanho que precisava de um pastor ou rei" (2007, p. 34). A descrença no regime democrático teria influenciado na proposta que veio a se tornar uma das obras mais conhecidas de Platão, em que Sócrates ainda é o condutor principal, *A República*, que traz o modelo ideal de uma cidade justa, sintetizada no poder do filósofo-rei.

De fato, o diálogo *A República* traz como tema central a indagação sobre o que é a justiça e como (ou se é possível) edificar uma cidade justa. Tal obra apresenta um magnífico projeto ético, político e educacional de onde podem ser extraídas algumas das principais concepções teóricas da Filosofia socrática e platônica. Agregado a outros *diálogos* é possível verificar até que ponto a Filosofia do agir socrático torna-se uma teorização, uma vez que suas concepções passam pela ideia de que o conhecimento racional é o caminho para se adquirir os instrumentos

CATOLICA-BIBLIOTECA

para o bem agir. A razão humana seria o fator principal que possibilita ao ser humano compreender e praticar a virtude e a justiça, capazes de garantir a paz, a liberdade, a verdade, o bem e a felicidade. Daí o conceito de ética racionalista ou ética intelectualista que muitos atribuem ao pensamento socrático. A busca racional do que seria a conduta justa conduz à busca conceitual do que é a justiça em sua *"essência"*, em sua intimidade, unidade e totalidade. Por ser uma aptidão exclusivamente humana e fruto da alma (*psyché*), enquanto mente e pensamento reflexivo e indagador, temos em Sócrates os fundamentos da Antropologia e da Psicologia que estão vinculados diretamente à ética e à política. Quanto mais racional se torna o indivíduo, mais ciente se mostra da correta conduta, adquirindo autonomia, ou seja, tornando-se detentor das próprias leis em concordância para com as leis da cidade. Por isto o "rei-filósofo" simboliza esta possibilidade de, pela Filosofia, se atingir o ideal máximo do saber que refletirá na melhor conduta, na possibilidade da justiça. A justiça é, portanto, uma virtude a ser praticada, juntamente com outras, como a coragem (bravura), a temperança (moderação), a prudência, que se unificam em uma só virtude (a Virtude, com "V" maiúsculo), assimilada pelo saber racional e fruto da educação filosófica para o exercício da razão. O programa político em *"A República"* está fundamentado na concepção de que se é possível praticar a política justa, desde que esta esteja amparada no conhecimento racional do que seja a justiça como virtude ética; e é isto que possibilita a felicidade, pois para ser feliz é preciso conhecer e praticar a justiça. O que se aplica ao indivíduo se aplica ao governante, se aplica à cidade; para uma cidade ser feliz, é necessário que seja governada na justiça. O indivíduo somente será justo se for educado para tal, assim como o governante. E a cidade justa e feliz será aquela submetida a leis e instituições fundamentadas na sabedoria e na educação para a justiça.

Duas reflexões míticas apresentadas em *A República* nos ajudam a entender a importância da razão como possibilidade da justiça e de onde deriva boa parte do que chamamos aqui de Filosofia do Direito em Sócrates.

O primeiro mito é aquele chamado *"o anel de Giges"*, que aparece em *A República* (359 a/360 d). Giges, um simples e honesto pastor que teria se tornado rei da Lídia, encontrou um dia um anel entre os pertences de um homem morto. Com o uso, percebeu que tal anel, ao girar, lhe dava poderes para se tornar invisível. Esta capacidade lhe permitia praticar toda sorte de abuso e injustiça, de acordo com seus interesses particulares, bastando para isto se tornar invisível. Desse modo veio a apoderar-se do próprio trono. A lição que daí se extrai é que, de modo geral, qualquer pessoa, mesmo aquelas que aparentemente são justas e boas, tendo oportunidade, e longe das vistas alheias, são seduzidas a praticarem a injustiça de acordo com as vantagens que podem obter. Regra geral, a justiça só existiria quando as pessoas se sentissem coagidas pelas leis ou controles externos. A natureza humana tenderia à prevalência dos interesses particulares, mesmo que injustos, acima da virtude de todos.

Os interlocutores de Sócrates argumentam se não é mais vantajoso praticar a injustiça do que a justiça; ou se o injusto pode viver melhor que o justo; ou ainda, se não haverá sempre, na maioria das pessoas, uma tendência à injustiça. Sócrates irá, no entanto, rejeitar tais ideias, embora até reconhecendo que assim pode ocorrer na realidade, como regra geral. O projeto socrático traz ao longo de *"A República"* a tentativa de demonstrar que é mais vantajoso ser justo que injusto, e que o bem maior é a justiça, mas para tanto, somente por meio de um modelo de cidade, de governo, de política, de educação que seja radicalmente oposto ao da realidade vigente, capaz de transformar a alma dos indivíduos e da coletividade. Há, entretanto, grande dificuldade em se atingir tal modelo, dado que os princípios da virtude exigem um aprimoramento intelectual

e racional supremo que poucos alcançam e, mesmo quando alcançados, colocá-los em prática é outra tarefa nada fácil. Mesmo assim ainda valeria a pena demonstrar a viabilidade de se imaginar uma cidade justa e feliz. É o que se faz no decorrer do diálogo. E para demonstrar ânimo e esperança, encontramos outra narrativa mítica ao final do diálogo (*A República*, 614 b/621 d), o Mito de Er.

Er seria um soldado que morrera junto com vários outros e cujas almas perambularam e foram julgadas no Além. Como recompensa pelo que praticar em vida, Er fora premiado com o direito de voltar à terra e narrar aos homens o que vira no Além. Assim ele descreve como cada alma recebe as recompensas ou condenações de acordo com o que lhes reservara o destino em acordo com as ações e escolhas de cada um. Na versão do diálogo, tais almas seriam dotadas de uma capacidade de deliberar, de escolher, graças ao conhecimento possibilitado pela razão, que ensina a distinguir entre o justo e o injusto, para que se possa dirigir o próprio destino (*moira*). A escolha humana deve ser feita nesta vida, ao se praticar "por todas as formas a justiça com sabedoria" e assim "havemos de ser felizes" (*A República*, 621 c/d). A prática da justiça é escolha humana graças a seu saber racional, o que também permite que a felicidade seja alcançada. A verdadeira e única virtude é a sabedoria, pois, de posse dela, todas as demais virtudes são decorrentes. Pela virtude a medida justa é alcançada e, ao filósofo como ao cidadão, compete cultivar a temperança, a atitude sóbria e equilibrada (*sofrosýne)*. Eis uma síntese da conclusão socrática: um apelo à capacidade racional presente em cada um, que permite a reflexão (*frónesis*) e a autodeterminação, cabendo a cada um escolher entre o justo e o injusto, entre a felicidade (*eudaimonia*) e a infelicidade. Embora com aparente otimismo ao esboçar a crença na possibilidade da justiça e da felicidade, o *diálogo* revela um *Sócrates* menos confiante quando este se diz mais desejoso

do que esperançoso de que isto venha a ocorrer, provavelmente desconfiado da vontade humana em se empenhar para que tal objetivo fosse alcançado.

PLATÃO:
da justiça ideal à justiça possível

A ideia de que a prática da virtude depende do conhecimento parece ser um dos pontos de concordância entre a Filosofia platônica com a socrática, embora não seja isto o que sempre ocorra. O pensamento do discípulo, ao longo do processo dialógico, muitas vezes irá se distanciar do mestre.

No caso em questão, percebemos um vínculo direto entre ética e epistemologia (o campo filosófico relacionado ao conhecimento). O conhecimento, a ciência (*epistéme*) sobre o que seja o bem, a justiça ou qualquer outra virtude, graças ao pensamento racional (entendido como Filosofia e dialética), é que permite o domínio das paixões e emoções, a superação das opiniões, do senso comum e a formação de uma compreensão que deve nortear as ações humanas.

O conceito de virtude (*areté)* passou por transformações no contexto da cultura grega. Inicialmente, a virtude estava vinculada à ideia de heroísmo, valentia, coragem, tendo como modelo os soldados numa batalha, capazes de darem a vida em nome de seu povo, sua terra, sua cidade, sua tradição. Posteriormente, o sentido de virtude passa para o conceito de habilidade, aquilo que se pratica, se produz com perfeição ou próximo disso, de acordo com um saber técnico e o bom aprendizado de um ofício, uma arte, uma conduta. A partir de Sócrates e, sobretudo com Platão, virtude passa a identificar a formação geral do caráter, a conduta moral, a personalidade, o modo de existência, a ética de um indivíduo ou, coletivamente, a ética da cidade. A virtude moral, porém,

depende do conhecimento. Sendo a ética uma ciência, um conhecimento, é também uma Psicologia, pois o saber ético é originário da alma (*psyché*) que, além de possuir uma faculdade que garante os movimentos e instintos vitais básicos, possui sua parte sensível que guia as emoções e desejos; e sua parte mais nobre, responsável pela racionalidade, pelo pensamento reflexivo, contemplativo e deliberativo. Esta alma racional não se constitui igualmente em todos os seres humanos nem é decorrente da pura natureza, pois depende da educação que se recebe. A educação da alma deve visar à excelência da conduta humana, o paradigma do melhor, do perfeito, do belo e do bem. O processo educativo da alma é, na verdade, a educação plena do ser humano e da cidade. O saber ou conhecimento ético não é inato, mas depende da educação que é dinâmica, é contínua, está em movimento, o que permite o aprimoramento do indivíduo e da cidade. Assim, como nos sugere o diálogo *Protágoras* (339a) que indaga sobre a possibilidade de se ensinar ou não a virtude, há uma possibilidade de "*tornar-se*" virtuoso como uma aquisição educativa, mais do que uma condição natural em que se seja ou não virtuoso. Em Platão, no entanto, este movimento educativo que ocorre com a alma e a razão almeja, como ideal supremo, o encontro com as formas puras e perfeitas de cada conceito, presente no mundo das ideias, no mundo inteligível. Se há uma ideia plena de justiça, de bem, de paz, de cada virtude, é porque isso deve existir em algum lugar, mas não existem no mundo sensível e real que conhecemos, pois este, ao contrário, é totalmente imperfeito, falho, carregado de ilusões e aparências. Nossa alma racional almeja, portanto, alcançar aquela excelência que se manifesta como ideia, como forma ideal. A racionalidade, enquanto faculdade da alma, está presente em todos os seres humanos; sendo assim, todos estão aptos ao aprimoramento educativo, no entanto nem todos assim procedem, pois para isso é necessário o exercício da Filosofia ou dialé-

tica, como a via a ser seguida, por permitir a graduação e o domínio das ferramentas e estados de excelência para o pensamento, afastando as paixões e desejos não racionais.

Deste raciocínio ocorre uma transposição da ética, da epistemologia e da Psicologia para a ontologia (parte da Filosofia que estuda o ser – *ontós* –, aquilo que é em sua substância e natureza). A harmonia, a ordem, o equilíbrio, a medida certa, a proporção justa, assim como no mundo físico, nas relações matemáticas, na geometria, na harmonia musical, é praticável no mundo das relações políticas e sociais, desde que sejam assimiladas e apreendidas pela razão, no exercício dialético do pensamento que visa a atingir as formas ideais. Neste caso, além da preservação do caráter racionalista derivado do pensamento socrático, costuma se identificar Platão como pertencente ou mesmo fundador do idealismo, pela ênfase que daria a este mundo das ideias ou das formas como valor transcendente ao mundo sensível, material, aparente, de certa maneira desprezível.

Decorrente deste estigma, o pensamento platônico tem sido vítima de equívocos hermenêuticos, interpretativos e ideológicos. Por conta deste idealismo, Platão tem sido muitas vezes classificado como anulador do mundo corpóreo, da realidade material, do aqui e do agora, para se entregar a um universo apenas idealizado, utópico, separado da realidade factível. Uma leitura menos parcial e amparada pelo conjunto dos diálogos, porém, demonstra que não é isso o que ocorre. O pensamento platônico é marcado por diferentes fases e se constrói pela própria dialética estabelecida com as várias correntes de pensamento de seu tempo, além de incorporar o diálogo com seus interlocutores diversos. Ao compreender isso, percebemos que não há uma doutrina ou sistematização linear da Filosofia platônica, uma vez que em cada diálogo e em cada fase de sua produção teórica novas questões são apresentadas,

os diversos temas são retomados e abertos a novas possibilidades interpretativas, razão pela qual Platão e seus diálogos continuam vivos em tempos contemporâneos, prontos para revelar novos caminhos.

A Filosofia do agir socrático está focada na reflexão que busca orientar a melhor conduta humana mediante o aprendizado das ações virtuosas, consequentemente sugerindo o afastamento dos males e desregramentos. Platão avança no sentido de compreender os fundamentos e possibilidades da prática virtuosa a partir das investigações que pretendem atingir a natureza última do que são tais ações humanas, do que é o próprio ser humano, do que é a cidade, contribuindo, no caso específico do Direito, para a formulação dos conceitos e concepções que regem as relações e instituições jurídicas, éticas, morais e políticas na tradição helênica e que se aplica à formação do mundo ocidental.

Contra o relativismo que parece ter sido predominante entre os sofistas, em que os valores éticos estariam submetidos às concepções e vontades individuais, a partir de metas particulares de vida, poder e realizações, a Filosofia platônica aponta, num primeiro momento, para o sentido da universalidade, acreditando na possibilidade de se chegar à verdade dos conceitos e valores à luz da razão e da educação. A dicotomia entre o mundo real imperfeito e ilusório e o mundo ideal perfeito e absoluto, no entanto, estabelece a necessidade do movimento dialético, entre uma realidade e outra, que será viável pelo exercício e apreensão da alma, do conhecimento, da constituição da cidade. Assim sendo, o método dialético é por si só uma forma de relativizar o universal e abrir caminhos para a diversificação e relativização de todas as questões.

Assim é que ao escrever os *Diálogos*, Platão devota reverência ao mestre, ao apresentar situações e questões vivenciadas pela experiência filosófica de Sócrates, especialmente nos chamados *"diálogos socráticos"*. Temas como o verdadeiro, o falso, a mentira, a existência humana, a piedade, o dever, a amizade, o amor, a beleza, a prudência, o ensino,

a linguagem, o saber, a virtude, a justiça, o bem, envolvem os cenários e debates que demonstram, a partir do exemplo socrático, regras e princípios éticos que devem dirigir a vida e seu convívio. Tais temas, porém, que inicialmente ficam limitados ao campo da ação, são retomados e reelaborados em investigações teóricas complexas, no decorrer dos demais diálogos, ditos da *"transição"* e da *"maturidade"*, nos quais o corpo da Filosofia platônica é encontrado, e soluções epistêmicas são oferecidas pela construção metodológica e ontológica da realidade em seu todo. Inserem-se aí o humano e a cidade humana como representações singulares.

Em Platão são os mesmos conceitos de virtude, justiça, bem, verdade, felicidade, ordem, harmonia, legalidade que norteiam a busca pela existência e pelo Estado ideais. Neste intuito serão pensados diferentes modelos que não permanecem estáticos, mas se transformam em conformidade com a dinâmica do pensamento filosófico ao longo da vida e da obra do filósofo. É assim que no caso do Estado ideal, por exemplo, tais indagações e formulações aparecem já nos primeiros diálogos como *"Alcibíades"*, que investiga sobre o que é a natureza humana e sua alma e que, como destaca Watanabe, pergunta sobre "o que faz o homem melhor, justo e virtuoso" (1995, p. 123); posteriormente, as clássicas obras, célebres por suas formulações políticas, legislativas e sistêmicas, como o caso de *"A República"* e mais tarde *"O Político"* e *"As Leis"*, apresentam um desenvolvimento mais elaborado do pensamento platônico. O bem da cidade e da vida coletiva é consequência da educação dos indivíduos e das almas individuais; a natureza humana que se manifesta em cada pessoa deve ser educada pela racionalidade e preservada pelo estabelecimento de mecanismos externos, como as leis, as regras, os preceitos, que exercem o papel de conter as paixões sempre ameaçadoras da alma e que, se não controladas, podem conduzir ao desequilíbrio, à maldade, à violência, à desarmonia. Não será a força física de governos tirânicos nem a fácil retórica dos governos demagógicos o

que garantirá uma cidade justa e virtuosa; isto somente é possível pelo pleno desenvolvimento racional e pela educação dos cidadãos, desde a infância até a velhice, em que cada um assuma responsavelmente o exercício do livre-pensar, desenvolvendo plenos conhecimentos, superando a ignorância, deixando-se guiar pela razão. Não bastam, todavia, a educação e a autodeterminação, posto que em *A República* se estabelece uma autoridade maior pela sabedoria do Rei-filósofo, auxiliado por algumas categorias que teriam alcançado o saber racional; no caso do diálogo *O Político*, estabelece-se que o exercício político, jurídico e legislativo exige um amplo domínio técnico e científico. E, em *As Leis*, ainda que se acredite na democratização de muitas das instituições e na capacidade de difusão do exercício racional e político a toda a cidade, procura se assegurar por meio de um grupo de cidadãos mais experientes e sábios uma função de vigilância e soberania, um conselho supremo, o "Conselho Noturno", como é designado, que, junto a outros conselhos e órgãos específicos, são os responsáveis pela revisão constante e execução das leis, no caso dos desvios e condutas inadequadas daqueles que não alcançarem o aprendizado e o exercício racional da educação política e da vida cidadã, no cumprimento dos direitos e deveres, dominados pelas paixões individuais.

O diálogo *Fedro* (246 a/249 b) nos apresenta o mito dos cavalos alados, em que Platão propõe uma reflexão sobre a imortalidade da alma. Ali estão presentes importantes questões éticas. O ser humano vê-se, nesta analogia, como condutor de dois cavalos alados que vagam pelo infinito; um desses cavalos representa o lado irascível e passional; o outro, a racionalidade; ao condutor compete a destreza em preservar o equilíbrio e o justo movimento, que impedirão a instalação de um conflito de forças e ruptura da unidade. A justiça será a sábia condutora das rédeas que dirigem a existência. E aquilo que é justo, é bom, é belo, é

verdadeiro. E a prática virtuosa, como sinônimo de sabedoria, é também, de certo modo, sinônimo de felicidade, de satisfação de si e da vida em comunidade, como encontramos indícios no diálogo *Filebo*.

Um sério problema, no entanto, é saber se o ser humano e a realidade humana são capazes de atingir tal nível de compreensão para executarem, de fato, a justiça em suas ações, relações e formas de organização. Esse é o propósito da *pólis* (cidade) idealizada em "*A República*", mas que, como referido anteriormente, deixa profundas dúvidas sobre a viabilidade ou não de tal projeto. Teria o ser humano uma propensão maior para o bem que para o mal, para a justiça que para a injustiça, para o verdadeiro que para o falso, a ponto de ser capaz de atingir a virtude plena? Seria possível a cidade justa, leis justas, governos e governantes justos? Ainda na voz de Sócrates, o diálogo "*A República*" expressa certa desconfiança quanto a tais possibilidades, ao constatar, primeiramente, que tal modelo de justiça não existe em parte alguma da Terra e que talvez somente seja possível existir em palavras, não de fato, sendo assim muito mais um desejo do que propriamente uma esperança (*A República*, 592 b). Daí o caráter utópico que se costuma atribuir à República, porém é a partir do mundo das palavras, dos conceitos, das ideias, que se torna possível pensar, compreender e intervir no mundo real. De acordo com dois dos principais estudiosos contemporâneos do platonismo, "Platão, como todo filósofo, tentou resolver problemas forjando conceitos... Platão trabalhava um discurso de modo que satisfizesse esse desejo de saber que ele queria transformar no modelo da vida boa" (Brisson; Pradeau, 2010, p. 5). É isto que verificamos na possível Filosofia do Direito platônico, embora tal conceito seja estranho ao filósofo, no contexto ainda não delimitado das ciências e da ciência jurídica. É com base em conceitos próprios ao vocabulário jurídico de hoje que extraímos formulações teóricas aplicáveis aos contextos históricos e reais da vida jurídica, ética e política.

CATOLICA-BIBLIOTECA

O projeto político e ético de Platão não se esgotou com *A República*. O discípulo de Sócrates mostra-se ainda mais decepcionado que o mestre diante das instituições políticas das cidades gregas, sobremodo desiludido com as instituições atenienses, inclusive com a democracia e suas leis que foram responsáveis pela injustiça praticada contra Sócrates ao condená-lo à morte. Mesmo assim, Platão percorre cidades e investiga suas leis e formas de governo. Participa ativamente de tentativas reais de aplicar governo e leis justas quando se torna consultor legislativo na região da Sicília. Vítima, ele próprio, de tiranos que o perseguem, ainda assim não esmorece e continua escrevendo e ensinando na escola por ele fundada, a Academia. Continua investigando como propor um projeto político e jurídico que pudesse chegar o mais próximo possível da justiça absoluta, mas que fosse realizável, possível, diante da fragilidade humana; projeto este que fosse ainda capaz de oferecer alguma esperança e viabilidade para a vida em sociedade; uma *pólis* menos doente em suas instituições e leis. Nasce daí o diálogo *As Leis*, que sucede a outros textos fundamentais de sua ontologia e epistemologia, como *O sofista*, *O político*, o já citado *Filebo*, dentre outros; obras integradas num percurso dialógico, histórico, dialético, que estabelecem rupturas e introduzem novas possibilidades para se pensar a realidade em todos os seus âmbitos.

O diálogo *As Leis*, além de possibilitar uma leitura que se cruza com todas as questões que foram abordadas em diálogos anteriores, numa visão de conjunto mais ampla, propõe um caminho menos cético e menos utópico diante da realidade, entendendo que quem sabe vale a pena acreditar na capacidade da razão humana em edificar a cidade justa e feliz.

Se em *A República* a percepção da ética surge profundamente vinculada à Psicologia, ao concluir que somente o domínio da alma racional educada para a prudência *(frónesis)* e a temperança *(sofrosýne)* possibilitaria um indivíduo apto à prática da justiça, em *As Leis* encontramos a viabilização da cidade virtuosa na conciliação entre os desejos e paixões particulares submetidos ao equilíbrio mediado pelas próprias leis *(nómos)* enquanto regulamentação dos costumes e ordenação de todos os aspectos que dizem respeito à vida humana e à cidade. O conceito *nómos* engloba tanto o conjunto das leis escritas ou orais como as tradições, os valores, os costumes que se manifestam em uma sociedade. A função política de maior grandeza seria, na concepção platônica, a preservação da integridade do *nómos*, em seu abrangente sentido. Platão revela em seus relatos da *Carta VII* que chegou a pensar em sua juventude em dedicar-se inteiramente à política (*Carta VII*, 324 c), acreditando que seria viável encontrar governantes e leis justas. Não tardou, porém, em decepcionar-se ao verificar que em qualquer das formas de governo (oligarquia, democracia, tirania) a maioria daqueles que se dispõem às funções políticas não suportam ouvir sequer o nome do que seja a justiça, quanto mais praticá-la (*Carta VII*, 326 d). Apesar desta desilusão, Platão não deixa de reconhecer que, se ainda existe alguma maneira para se tentar a organização da sociedade humana real, é pelas vias da política, suas instituições e suas legislações.

Em *As Leis* encontramos um modelo entre o ideal e o possível, a mistura equilibrada de possibilidades; não há um desprezo total ao mundo sensível, às paixões da realidade material e corporal; o ser humano é compreendido na unidade corpo-alma, assim como a cidade deve ser compreendida em sua realidade histórica, portanto sujeita às crises e mazelas, mas em sintonia com o constante aprimoramento por meio de suas leis e instituições dinâmicas, não estáticas. A meta será sempre a perfeição, mas é compreensível que alcançar tal estado não seja possível, por isso não há que se invalidar todo esforço que busque melhorar, aprimorar, mesmo que distante do ideal perfeito. Passa por aí a concepção do *Bem* (no grego, *agathón*). Em *A República*, o Bem, representado pelo Sol (como vemos na conhecida alegoria da caverna),

simboliza a totalidade suprema e absoluta; pode-se dizer uma imagem divina da perfeição; em *As Leis*, ainda que o bem absoluto continue a ser almejado, é possível reconhecer a participação deste bem, do que é bom, nas instâncias concretas da realidade histórica. Ainda que a melhor cidade fosse aquela viável somente em teoria, no mundo das ideias, como sugere *A República*, caberia propor uma segunda melhor cidade, realizável na prática e na realidade concreta deste mundo; assim é sugerido em *As Leis* (729 b).

Há uma relativização dos conceitos que torna plausível a realidade humana e sua cidade; acredita-se na possibilidade eficaz da ação humana, que é racional e livre, capaz de assimilar a possibilidade de uma boa vida e uma boa cidade, desde que submetidas a leis equilibradas e justas, porque derivadas de pessoas educadas e capazes de praticar uma vida de equilíbrio e moderação. Tal possibilidade não é compreendida ingenuamente; ao contrário, somente será possível por meio de um complexo e disciplinado processo educativo; educação da razão e das paixões, na busca de tal equilíbrio e, sobretudo, a superação do individual pelo coletivo. A realização maior da existência ocorre na cidade, na *pólis*, não nas existências particulares; o processo político é visto como decorrente de um aprendizado técnico, preciso e eficiente. E por ser uma técnica, a política é também uma ciência. Será a ciência política que permitirá a prática da justiça e da virtude; a política é a arte, a técnica, o saber no exercício da cidadania, das funções legislativas, do governo. A cidade é o espaço da convivência humana e reúne a multiplicidade dos seres e divergências de interesses; por isso, somente sobreviverá se garantir a unidade dentro desta diversidade, vindo a constituir-se como um corpo só; mas uma unidade que não anule a diversidade; unidade de propósitos em prol do bem comum, respeitando-se a liberdade das ações e modos de agir, cabendo às leis e às instituições políticas a intermediação para garantir o justo equilíbrio. A esta arte, técnica, ciência, que a tudo dirige, "que tem o cuidado das leis e dos assuntos referentes à

pólis, e que une todas as coisas num tecido perfeito, apenas lhe faremos justiça escolhendo um nome bastante amplo para a universalidade de sua função e chamando-a a política" (O Político, 305 e).

Assim como a política, a virtude que deve dirigi-la é técnica e é conhecimento. Pretende-se, pela virtude, tornar os seres humanos *belos e bons* (*kalós kagathós)* para que também a cidade seja bela e boa. Como nos declara tal referência:

> Se, como Platão faz, a virtude não é deduzida do nascimento ou da natureza, se a riqueza ou boas disposições físicas e psíquicas não bastam para tornar um homem bom e belo, então a excelência deve ser o resultado de certo exercício, de uma conduta. Em que fundamentar, qual pode ser o critério da virtude e como adquiri-la? A essas perguntas, que são de ordem ética e política, os diálogos dão sempre uma única e mesma resposta: a posse de um saber é que dá à virtude seu *status*. A excelência ética é uma excelência cognitiva, ser excelente nada mais é que saber como sê-lo (Brisson; Pradeau, 2010, p. 73-74).

Neste sentido, somente é possível a convivência dos seres humanos entre si se forem bem educados para este fim; e toda educação é essencialmente política, e visa como fim último ao equilíbrio da justiça que é o bem comum maior. O ser humano possui uma natureza social, política, comunitária, ainda que tal natureza viva em conflito com as paixões individuais. Superar este dilema é alcançar o bem-estar, o estar feliz, como na boa dança e na boa música, no ritmo certo, em harmônica melodia (*As Leis*, 655 a).

Nos livros I e II de *As Leis* encontramos expressos os propósitos finais da Filosofia platônica em sua última fase. Temos ali que somente é digna do nome de educação aquela prática que pretende educar para a virtude e a justiça; uma educação dos sentidos humanos, que aprenderão a conviver entre o prazer e a dor, sabendo controlar os desejos pessoais

e superar as paixões não realizadas, na busca do prazer regrado do convívio na cidade, justamente governada e administrada pelas leis e costumes. Certo é que bens particulares, da realidade sensível e material, não devem ser desprezados, pois também são bens valiosos, a riqueza, as posses, a saúde, a glória; mas tais bens devem ser preservados desde que não prejudiquem os bens maiores que a cidade almeja, que são a paz, a sabedoria, a ordem, a harmonia.

Após se indagar sobre a origem das leis, se divinas ou humanas (*As Leis*, 624 a), o texto platônico sugere como missão filosófica que "não será desagradável conversar a respeito de leis e formas de governo" (*As Leis*, 625a) e que a função dos legisladores é sobremaneira nobre, pois lhes compete assegurar instituições, valores e normas capazes de preservar a cidade e o bem público, contendo assim as disputas e guerras internas e externas, controlando as inimizades, sedições e disputas entre uns e outros, tanto no âmbito da sociedade quanto entre nações. Por meio da elaboração de leis boas, justas e eficazes, que visam à paz, ao bem (*As Leis*, 628 c) e a todas as virtudes que se unificam, é que se pode almejar cidadãos, cidades, governos e Estados incorruptíveis. As melhores leis e legisladores são aqueles que têm em vista a maior das virtudes, que é a perfeita justiça (*As Leis*, 630 c).

Será por meio das leis que se elaborará um projeto legislativo criterioso e suficientemente amplo como meio eficiente para regular a vida na cidade. Esse projeto será resultado de uma investigação comparativa e histórica a partir dos modelos políticos e legislativos já existentes. O intuito é buscar os melhores modelos, ou aquilo que há de melhor em cada cidade conhecida, em cada regime de governo e em cada conjunto legislativo existente, para assim se compor um novo modelo capaz de reunir o que há de melhor no universo das leis e governos. Esta é a tentativa que se desenvolve no último diálogo platônico e que representa um conjunto legislativo que trata sobre todos os aspectos da

vida humana e social, servindo como um vasto código de Direito Civil, Público, Privado, Institucional, Penal, não deixando escapar quase que nenhum dos aspectos que hoje estão inseridos no universo da ciência jurídica. A justiça e eficácia da lei serão no Platão do último diálogo "o caminho da *eudaimonia* (felicidade), na medida em que ela é capaz de regular a ordem pública de modo tal que cada cidadão pode ser feliz de acordo com seu caráter" (Schäfer, 2012, p.192).

Esta confiança na eficácia da lei como garantia da ordem, da justiça, do bem, no entanto, deverá estar apoiada em três fundamentos determinantes: a justa educação dos cidadãos, desde a infância, para o exercício da liberdade e do equilíbrio das paixões; a sábia constituição do governo da cidade, suas instituições, cargos, funções e governantes; a contemplação dos modelos perfeitos e compreensíveis conceitualmente por meio da Filosofia, como fonte permanente de inspiração da alma humana e da unidade da *pólis*.

Nesta intenção o diálogo *As Leis* desenvolve-se como uma imprescindível referência de estudos a todos aqueles que se ocupam da Ciência Política e do Direito. Platão atuou, neste caso, como um legislador. Acredita-se também que os filósofos herdeiros da Academia, a escola platônica, mantiveram a prática de elaborar leis ou fundar instituições em diversas cidades e localidades, como uma de suas tarefas. O cenário que inicia *As Leis* nos coloca diante de três personagens, anciãos, com a missão de fundar uma cidade e instituir suas leis e seu governo. O principal nesta missão seria encontrar normas, regulamentações e leis propícias para se definir "qual poderia ser a melhor forma de governo de uma cidade, para além de constituir uma tentativa de ver como um cidadão particular poderia conduzir melhor a sua própria vida" (702 a, 2004, p. 253).

Podemos concluir constatando que as Filosofias socrática e platônica que, por sua vez, seguiram a trajetória iniciada desde os primórdios das investigações filosóficas, ainda que em meio às descontinuidades e rupturas inerentes à dialética do pensamento, perseguiram a busca pela justiça, seja como um modelo ideal, seja como uma meta alcançável, legando à posteridade o cerne de uma Filosofia do Direito. O último diálogo platônico, *As Leis*, reafirma este propósito, como ilustra o comentário de que "a ética e a política deverão, portanto, obedecer a essa exigência de justiça que, reinante na ordem inteligível, se aplica naturalmente ao mundo sensível e, no interior deste, à cidade como ao próprio homem" (Mattéi, 2010, p.130-131).

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ANTISERI, D.; REALE, G. *História da Filosofia*. 10. ed. São Paulo: Paulus, 2007. V. 1.

ARNAOUTOGLOU, Ilias. *Leis da Grécia Antiga*. São Paulo: Odysseus, 2003.

BENOIT, Hector. *Sócrates:* o nascimento da razão negativa. São Paulo: Moderna, 1996.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. *Curso de Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRISSON, Luc. *Leituras de Platão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

BRISSON, Luc; PRADEAU, J.-F. *Vocabulário de Platão*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CASERTANO, Giovanni. *Uma introdução à República de Platão*. São Paulo: Paulus, 2011.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. V. 1.

DROZ, Geneviève. *Os mitos platônicos*. Lisboa: Europa-América, 1993.

FRONTEROTTA F.; BRISSON, Luc (Orgs.). *Platão:* leituras. São Paulo: Loyola, 2011.

KIRK, G. S.; RAVEN, J. E.; SCHOFIELD, M. *Os filósofos pré-socráticos*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LAÊRTIOS, Diôgenes. *Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres*. Tradução Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: UnB, 2008.

MARÍAS, Julián. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MATTÉI, Jean-François. *Platão*. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

PEREIRA FILHO, Gérson. *Uma filosofia da história em Platão*. São Paulo: Paulus, 2009.

PESSANHA, José Américo Motta. *Sócrates*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores).

PLATÃO. *Diálogos:* O Banquete; Fédon; Sofista; Político. São Paulo: Abril Cultural, 1972. (Os Pensadores).

_____. *A República*. 8. ed. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *Leis*. Tradução Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1980a.

_____. *Leis*. Tradução Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2004. V. 1.

_____. *Críton*. São Paulo: Nova cultural, 1999. (Os Pensadores).

PLATÃO. *Eutífrone*. Tradução Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1980b.

_____. *Mênon*. Tradução Maura Iglésias. Rio de Janeiro: Edipuc-Rio, Loyola, 2001.

PRADEAU, Jean-François. *Les Mythes de Platon*. Paris: Flammarion, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, José Trindade. *Para ler Platão*. A ontoepistemologia dos diálogos socráticos. São Paulo: Loyola, 2008. Tomo I.

SCHÄFER, Chsristian (Org.). *Léxico de Platão*. São Paulo: Loyola, 2012.

SOUSA, J. R. A.; SILVA, J. L. P. da. (Orgs.). *Educação, política e religião no mundo antigo*. Teresina: Edufpi, 2012.

SOUZA, José Cavalcante. *Os pré-socráticos*. Fragmentos, doxografia e comentários. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores).

SPINELLI, Miguel. *Filósofos pré-socráticos*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998.

_____. *Questões fundamentais da filosofia grega*. São Paulo: Loyola, 2006.

STONE, I. F. *O julgamento de Sócrates*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TRABATTONI, Franco. *Platão*. São Paulo: Annablume, 2010.

VAZ, Henrique C. L. *Antropologia filosófica*. São Paulo: Loyola, 1991. V. 1.

XAVIER, D. G.; CORNELLI, G. *A República de Platão*. Outros olhares. São Paulo: Loyola, 2011.

WATANABE, Lygia Araujo. *Platão:* por mitos e hipóteses. São Paulo: Moderna, 1995.

A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

João Hobuss

Não é simples apresentar uma introdução a respeito da Filosofia do Direito de Aristóteles, aqui entendido como uma investigação vertical sobre o justo, pois há uma série de nuanças e matizes, bem como de complexidades e aporias que encontramos no livro V da *Ética Nicomaqueia* (EN) de Aristóteles. Não são somente problemas conceituais que surgem, ou difíceis abordagens textuais, mas também de composição e cronologia.

Obviamente, dado o objetivo da obra à qual pertence este texto, tomamos a decisão de expor diretamente, e talvez didaticamente, os pontos que podem parecer mais enriquecedores para os que começarão a tomar contato com a densidade argumentativa que encontramos no chamado livro sobre a justiça construído por Aristóteles.

Escolhemos, assim, uma apresentação geral das passagens que são, em um primeiro momento, as mais propícias para introduzir o leitor no rico universo do livro V da EN.

A VIRTUDE DA JUSTIÇA

Aristóteles entende a justiça como "a disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo" (1129a 7-8), residindo em uma medie-

CATOLICA-BIBLIOTECA

dade, sendo a injustiça o seu contrário. Uma pessoa portadora de uma disposição de caráter justo não pode, supostamente, agir contrariamente a esta disposição, na medida em que uma disposição de caráter não poderia produzir resultados contrários (1129a 14-15). Tendo em vista esta compreensão da justiça, o justo é aquele que respeita a lei, enquanto o injusto não a respeita (1129a 32-34).

O respeito à lei pertence inerentemente ao justo, e este respeito pressupõe que há uma tendência da justiça em propiciar a felicidade para a comunidade política (1129b 32-34), daí a obrigação do legislador de elaborar leis corretas no sentido de efetivar o bem comum, e, em última instância, o bem-viver.[1]

Segundo Aristóteles, a justiça é a virtude completa, a *justiça universal*,[2] não incondicionalmente, ou absolutamente, mas sim em relação ao outro, o que a faz a mais excelente dentre as virtudes, isto é, "é a virtude completa no sentido pleno do termo, por ser o uso completo da virtude completa" (1129b 30-31). Ora, a completude é tal no sentido de que seu exercício é não apenas em relação consigo mesmo, mas também com o outro, devendo ser considerada "o bem do outro" (1130a 4), tendo em vista, necessariamente, o outro, independentemente de que seja o governante ou um membro da comunidade (1130a 5). Tal justiça, a que supõe a relação com o outro, a virtude completa, não é uma parte da virtude, mas virtude na sua inteireza, do mesmo modo que a injustiça é o vício como um todo: "Aquilo que, em relação ao outro, é justiça, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude" (1130a 8-10). Esta virtude considerada como um todo, a virtude

[1] Sobre a justiça e a cidade ver (Bodéüs, 2007).

[2] Irwin (1988, p. 424) sustenta que as "características da justiça universal (...) não são características de uma virtude oposta às outras, mas características da virtude de caráter como um todo".

inteira, é realizada pelos atos em conformidade com a lei,[3] baseada em uma educação que tem como fim o bem comum (1130b 26), pois esta é uma educação que torna o homem bom em si mesmo (1130b 26).

A investigação proposta por Aristóteles, no entanto, não trata da justiça enquanto virtude completa, ou inteira, mas sim da justiça que é parte da virtude, ou seja, a *justiça particular*, do mesmo modo que existe uma injustiça particular que é parte da injustiça como um todo, injusto que representa a contrariedade à lei (1130a 23-24). Ambas, a justiça e a injustiça particulares, são o objeto de investigação do livro V da *Ética Nicomaquea*. Com isto, o que se refere à justiça correspondente à virtude total, bem como à injustiça total, não serão contempladas no estudo da justiça ou da injustiça: tão somente serão levadas em consideração a justiça e a injustiça no sentido particular.

A JUSTIÇA PARTICULAR

Em consonância com o livro II da *Ética Nicomaquea*, no qual Aristóteles define a virtude como uma mediedade (meio-termo, justo-meio) entre dois vícios, um por excesso, outro por deficiência (falta), temos no livro V o entendimento de que há, do mesmo modo, um meio entre os extremos, e este meio entre os extremos é o igual, pois entre o demasiado e o demasiado pouco há um meio, e este é o igual e justo (1131a 14-15). Quando tratamos do igual e o justo, temos de ter em mente dois termos: (i) o justo deve ser meio e igual, e (ii) relativo para determinadas pessoas; (i) deve ser meio entre o excesso e a falta, e, como igual, supõe

[3] A justiça universal pressupõe a irrestrita obediência à lei. Além de produzir e preservar a felicidade da maioria ou dos melhores em vista do interesse comum (Hardie, 1968, p. 185), ela também tem como propósito uma "conduta em acordo com as virtudes", e a "interdição da conduta que é viciosa" (1968, p. 185).

duas distribuições; e (ii) na medida em que é justo, o será para determinadas pessoas (1131a 15-20). Assim, para que possamos afirmar que algo seja justo, deve haver a implicação de quatro termos:

(a) as [duas] pessoas para as quais é justo;

(b) e as [duas] coisas envolvidas na distribuição, que são duas.

Esta é a natureza da *justiça distributiva*, a primeira divisão da justiça particular.[4] A justiça distributiva buscará proporcionar uma igualdade entre os indivíduos e as coisas envolvidas, garantindo que a relação existente entre (a) e (b) não permita desigualdades que poderiam gerar queixumes das partes, isto é, quando ocorre que desiguais são igualados, e iguais desigualados. Para que a igualdade seja respeitada faz-se necessário observar imperiosamente o mérito envolvido, pois toda e qualquer distribuição a ser feita tem imprescindivelmente o mérito como fundamento (1131a 26).[5] Só o mérito assenta a justiça, quer dizer, a justiça distributiva, independentemente de que a concepção de mérito varie com o tipo de constituição em questão. Segundo Hutchinson (1995, p. 226), "homens cujos méritos reais são grandes" devem reconhecer o fato de que o respeito deve advir das qualidades morais do indivíduo, e não pelo que alcançaram por meio da *fortuna*. Logo, todos devem reconhecer isto, e devem esperar que os outros o façam.

Compreendido desta forma, o justo é uma proporção (1131a 30) que envolve quatro *ratios* e quatro termos, seguindo o exemplo desenvolvido por Ross (1987, p. 216):

[4] A justiça particular é um tipo que é parte da justiça completa, inteira, ou universal, e à qual corresponde, como vimos, uma injustiça em sentido estrito, ou particular, e esta espécie de injustiça corresponde ao "desejo do ganho" (Hardie, 1968, p. 187).

[5] Segundo Dall'Agnol (1996, p. 39), "a noção de mérito foi considerada tradicionalmente um ingrediente fundamental da noção de justiça. Há, na célebre fórmula de Ulpiano, uma definição de justiça em termos de mérito: *suum cuique tribuere*", ou seja, a cada um o que lhe pertence.

A : B = C : D, então

A : C = B : D, e, por isso,

A + C : B + D = A : B

Esta é a proporção envolvida na justiça distributiva, residindo a injustiça na violação desta proporção. Como afirma Aristóteles (1131b 12-13), os matemáticos entendem este tipo de proporção como proporção geométrica, ou, como afirmam Hardie (1968, p, 187) e Jackson (1973, p. 82), uma analogia geométrica. Passemos, então, ao segundo tipo de justiça particular.

O segundo tipo de justiça particular é a *justiça corretiva*, e é encontrada em transações, quer voluntárias quer involuntárias[6] (1131b 25ss). Esta espécie de justiça[7] difere da distributiva pelo fato de que a primeira, ao contrário desta última, envolve um tipo específico de proporção, qual seja, a proporção aritmética, embora ambas tenham como objetivo a igualdade na transação entre os homens. Logo,

> não faz diferença se um homem bom (*epieikês*) tenha defraudado um homem vil (*phaulos*) ou que um homem vil tenha defraudado um homem bom, ou se o adultério foi cometido por um homem bom ou um homem vil. O que importa, ao contrário, é o dano cometido, e a única coisa que a lei considera, tratando as pessoas com igualdade, é se uma pessoa cometeu uma injustiça da qual a outra foi vítima, se uma causou um dano do qual a outra foi vítima (1132a 2-6).

[6] Trataremos do voluntário e do involuntário mais adiante.

[7] Conforme Bostock (2000, p. 60), no que diz respeito às transações voluntárias e involuntárias, as primeiras envolvem compra e venda, por exemplo; as segundas, que se dividem entre as feitas em (a) segredo e por (b) força, concernem, no caso das feitas por segredo, a casos de roubo, adultério, etc., enquanto (b) diz respeito, dentre outras coisas, a assassinato, roubo com violência e mutilação. A lista completa pode ser encontrada em *Ética Nicomaqueia* 1131a 1-9.

No caso deste tipo de justiça, buscará igualar a desigualdade infligida, tentando igualar as partes no que se relaciona à perda de uma delas, tomando o que foi subtraído por um indivíduo, e restituindo ao que sofreu o dano (1132b 5-6). Assim, o igual é o meio entre o excesso e a falta, entre a vantagem de uma parte e a perda da outra, e quem restabelece o meio, a igualdade, é o juiz, que é a personificação da justiça, pois ele visa ao meio, e quem visa ao meio estabelece o que é justo (1132a 20-25). Tomamos, novamente, o esquema de Ross (1987, p. 217):

> – após o dano causado, encontram na situação x = A + C, B – C;
>
> – o juiz deve atuar para reparar o dano e igualar as partes;
>
> – o juiz toma C de A, e dá C a B, deixando as partes em posição aritmeticamente intermediária entre o ganho e a perda;
>
> – assim, a igualdade é garantida, pois (sendo A = B) A + C – C = B – C + C.

Para além da justiça distributiva e da justiça corretiva, temos a *justiça das trocas comerciais*, embora não se enquadre em nenhuma delas, na medida em que é baseada na ideia de reciprocidade, a qual não se coaduna nem com a justiça distributiva, nem com a corretiva, especialmente no que tange a esta última, pois as transações comerciais têm por fim uma reciprocidade proporcional, e não em qualquer tipo de retribuição exatamente igual (1132b 18-20). Aqui não se busca estabelecer uma união entre os homens, mas a coesão de uma comunidade, propiciando um retorno para o que foi dado.

A retribuição proporcional funciona da seguinte maneira (1133a 5-13):

a) temos A (um construtor), B (um sapateiro), C (uma casa), D (um par de sapatos);

b) o construtor deve receber do sapateiro o trabalho deste, e dar o seu em troca;

c) se houver uma igualdade proporcional, a reciprocidade será alcançada.

Vejamos o exemplo tal qual colocado por Ross (1987, p. 218), adaptando-o para a relação entre o construtor e o sapateiro: A receberá D (500 pares de sapato) de B, e B receberá C (uma casa) de A. Com isto haverá "uma reciprocidade proporcional (quer dizer, uma reciprocidade que leva em consideração, respectivamente, as habilidades das partes, bem como o valor respectivo dos seus produtos)" (Ross, 1987, p. 218), desde que, obviamente, uma casa valha efetivamente 500 pares de sapatos (possivelmente Ferragamo ou Louis Vuitton...).

Este tipo de relação será estabelecida sempre entre pessoas de ramos distintos, um médico e um agricultor, e não entre dois médicos, por exemplo, ou seja, entre pessoas diferentes e não iguais (1133a 16-18), o que exige uma análise comparativa entre os produtos e serviços oferecidos, mesmo que fiquemos *a priori* sensibilizados com o agricultor.

É exatamente por tal razão que surge, por convenção, o dinheiro, entendido por Aristóteles como um meio-termo, ou uma medida, entre o excesso e a falta ou deficiência, que permite que os bens sejam comensuráveis e equiparáveis (1133b 16-17). Assim, haverá uma reciprocidade

> quando os termos forem igualados de modo que, assim como o agricultor está para o sapateiro, a quantidade de produtos do sapateiro esteja para a de produtos do agricultor pela qual é trocada. Mas não devemos colocá-los em proporção depois de haverem realizado a troca (...) e sim quando cada um possui ainda os seus bens. Desse modo são iguais e associados justamente porque essa igualdade pode se efetivar no seu caso (1133a 31 – 1133b 4).

Logo, tendo efetivado a distinção do justo e do injusto, e reconhecido que "a ação justa é um meio entre cometer e sofrer injustiça" (1133b 29-30), Aristóteles define a justiça "como uma espécie de mediedade, não como as outras virtudes,[8] mas porque produz o meio, e a injustiça os extremos" (1133b 32-34).

A JUSTIÇA POLÍTICA, A JUSTIÇA NÃO POLÍTICA E A JUSTIÇA DOMÉSTICA

Ora, para Aristóteles a reciprocidade está intimamente relacionada com o justo, mas não apenas com o justo tomado incondicionalmente, mas também com o justo político, com a justiça política (1134a 25-26). Esta afirmação externada por Aristóteles parece possuir um vínculo com o livro I da *Política*, no qual surge a afirmação de que o homem – o único entre os animais que possui o discernimento do justo e do injusto (1253a 15) –, em função de sua natureza política, busca viver na comunidade política, lugar da realização do bem-viver, fim da comunidade, mas também local onde há, e é imprescindível, a autossuficiência. Neste mesmo diapasão, Aristóteles afirma no livro V da *Ética Nicomaqueia* que a *justiça política* é encontrada exatamente entre os indivíduos livres e iguais que vivem em comunidade tendo como objetivo a autossuficiência (1134a 25-27), pois somente entre este tipo de homens, governados pela lei (1134a 30), pode grassar a justiça política. É por tal motivo que a

[8] A mediedade emerge com força na definição da virtude moral no livro II da *Ética Nicomaqueia*. A virtude moral aparece como "uma disposição de agir segundo uma escolha deliberada, consistindo em uma mediedade relativa a nós, racionalmente determinada, como a determinaria o prudente" (1006b 36 – 1107a 2). Relativa a nós significa relativa ao agente e às circunstâncias nas quais este está inserido, e esta mediedade está entre dois vícios, um por excesso, outro por deficiência ou falta.

razão é quem deve governar, não o homem (1134a 35). A justiça é íntima da lei, e somente pode operar entre as pessoas submetidas à lei, "pessoas que possuem partes iguais em governar e ser governadas" (1134b 13-15).

A justiça política é a que se dá especificamente entre os cidadãos, não é a mesma que regula as relações entre o senhor e o escravo, ou entre o pai e os filhos, embora guarde alguma similaridade com aquela, pois não pode haver justiça absoluta entre o senhor ou o pai, e o escravo e o filho, na medida em que, de formas distintas, os últimos são partes do primeiro. A distinção que se estabelece entre o escravo e o filho é que este último tem prazo de validade enquanto parte, pois quando se emancipa deixe de ser objeto desta relação de *justiça não política* (1134b 8-12).

A *justiça doméstica*, diferente também da justiça política, é a que se realiza entre o marido e a mulher – o que é justo é encontrado mais na relação com a mulher do que com o filho ou escravo –, que pressupõe uma diversidade de mandos e direitos, presumindo papéis distintos e hierárquicos, partindo, em ordem decrescente, do marido, passando pela mulher e chegando aos filhos e escravos.

Na *Política* (1259a 39 – 1259b 12), Aristóteles explicita os diversos tipos de relação supramencionadas. Na passagem em questão, há a afirmação de que o homem governa sua mulher e seus filhos, mas não faz do mesmo modo, pois se governa os filhos à maneira de um rei, no que se refere à mulher ele governa como um político, uma vez que por natureza ele é mais apto a governar, "no entanto, sempre que uma pessoa está governando e outra sendo governada, o governante tenta distinguir-se na conduta, título ou na posição do governado. Mas no caso do homem e da mulher esta relação 'de subordinação' existe sempre" (1259b 9-10). É um tipo de justiça que poderia ser dita intermediária entre a justiça política e justiça não política.

ATOS VOLUNTÁRIOS E INVOLUNTÁRIOS: atos justos e injustos[9]

Os atos justos e injustos podem assim ser descritos na medida em que são praticados voluntariamente, ou seja, só podemos determinar se um ato é justo ou injusto se eles forem praticados de maneira voluntária.

O caráter *voluntário* de determinado ato é determinado pelo que segue (1135a 23-27):

(i) um ato é dito voluntário se depende do agente;

(ii) se o agente tem o conhecimento do que faz; e faz

(iii) não ignorando a pessoa atingida, nem o instrumento, nem aquilo em vista do que é feito;

(iv) não pode ser acidental, nem forçado.

O ato voluntário pode ser executado de maneiras distintas: (a) por escolha deliberada, ou (b) sem deliberação prévia (1135b 10). Como vimos, para determinar se um ato é justo ou injusto, é necessário considerar se os atos em questão foram cometidos voluntariamente. Para que a ação seja voluntária é necessário que o agente tenha agido por escolha deliberada. Se ele executa uma ação a partir de uma escolha deliberada, e esta ação é injusta, ele é um homem injusto (1135b 24-25); se realiza uma ação a partir de uma escolha deliberada, e esta ação é justa, ele é um homem justo:

> se um homem prejudica a outro por escolha deliberada, age injustamente; e são estes os atos de injustiça que caracterizam os seus perpetradores como homens injustos, contanto que o ato viole a proporção ou a igualdade. Do mesmo modo, um homem é *justo* quando age justamente por escolha deliberada; mas *age justamente* se sua ação é meramente voluntária" (1136a 1-4).

[9] Para um maior aprofundamento sobre a compreensão aristotélica acerca dos atos voluntários e involuntários, ver *Ética Nicomaqueia* III.

Ao contrário, tudo o que é feito na ignorância, ou mesmo que feito pelo agente, mas cuja origem não depende dele, ou foi realizado sob coerção, é *involuntário*.

O DIREITO NATURAL

Na passagem 1134b 18–1135a 5, Aristóteles apresentará sua concepção acerca do Direito Natural (ou do justo natural). Ali, ele começa por estabelecer uma distinção no interior mesmo da justiça política entre duas espécies de justiça, uma natural, outra legal. É natural a que tem em todos os lugares a mesma força e não depende de tal ou tal opinião; é legal a que na origem pode ser indiferentemente aqui ou acolá, mas que uma vez estabelecida, se impõe.

Feita esta primeira distinção, Aristóteles propõe uma tese a respeito do Direito Natural que subverte o que é concebido tradicionalmente como tal. O estagirita reconhece que, na opinião de alguns, toda e qualquer prescrição de ordem jurídica pertence à chamada justiça legal, e pertencem à justiça legal pelo singelo fato de que a ideia mesma de natural remete a um caráter necessariamente imutável e possui, em todos os lugares, a mesma força. Isto deriva de um fato comumente admitido de que o Direito (positivo) é passível de variação, seja por questões geográficas, seja pela diversidade de regimes políticos, ou seja, a lei positiva varia de um Estado a outro, de uma forma de Constituição a outra.

Ora, para Aristóteles tais assertivas não são de todo verdadeiras, na medida em que o Direito não é essencialmente variável, pois entre os deuses, por exemplo, a justiça é, em si mesma, imutável. Isso,

CATOLICA-BIBLIOTECA

contudo, ocorre entre os deuses, não encontrando correspondência entre os homens, pois entre estes, habitantes do mundo sublunar, há espaço para algo como o "natural", mas ainda sujeito à mudança. Neste ponto temos a "subversão" aristotélica, qual seja, a concepção de um direito, ou justo, natural, que tem por característica a variabilidade, excluindo a imutabilidade geralmente associada à ideia.

Isto ocorre pelo fato de podermos estabelecer a distinção entre o que é natural e o que não o é, e entre as coisas que estão sujeitas à variação pode-se observar quais delas são naturais e quais são por lei ou convenção (consideração ilustrada pela referência à ambidestria), ocorrendo que, umas e outras, são suscetíveis de variação: tanto a esfera da lei natural quanto da lei positiva são suscetíveis à mudança.

O exemplo da ambidestria ilustra a argumentação aristotélica: se por natureza a mão direita é superior à mão esquerda, nada impede que nos tornemos ambidestros, se, por exemplo, exercitarmos fortemente a nossa mão esquerda, pretensamente inferior, por natureza, à mão direita.

Do mesmo modo, as regras de Direito que repousam sobre a convenção e a conveniência, bem como as que não são fundadas na natureza, mas em função dos homens, não são as mesmas em todos os lugares, são como medidas, pois as medidas relativas ao vinho e ao milho não são as mesmas em todos os lugares, sendo maiores na compra e venda no atacado, e menores no varejo.

Assim, as coisas que não são naturalmente justas, mas justas para determinados seres humanos não são idênticas em todas as partes, embora, e esta é uma afirmação estranha, exista uma Constituição que é, por natureza, a melhor.

A impressão é que existe apenas e tão somente uma Constituição que seja naturalmente a melhor. Ora, embora Aristóteles nos deixe um tanto atônitos ao definir qual das Constituições é efetivamente a melhor,

é importante ressaltar que no livro III da *Política* ele nos apresenta a bem conhecida distinção entre as Constituições corretas e as desviadas. As primeiras são a monarquia, a aristocracia e a *politeia*, enquanto as desviadas são a tirania, a oligarquia e a democracia. Estas últimas caracterizam-se por levar em conta o interesse de quem governa. Já as corretas, variando no seu arcabouço legal, têm por objetivo não o interesse dos governantes, mas o bem comum.

Podemos, então, afirmar que a Constituição que é, por natureza, a melhor, é a que visa ao bem comum, na medida em que o bom cidadão (*Pol.* III 4) é definido por respeitar a Constituição à qual está submetido, independentemente do conteúdo legal de cada uma das Constituições corretas – que pressupõe distintas formas de aplicação do justo –, que são variáveis, pois o Direito Positivo, bem como o Natural também o são.

Deste modo o Direito Natural orientaria e ordenaria o Direito Positivo em cada uma das constituições corretas.

A EQUIDADE

Aristóteles reconhece que, por mais bem elaboradas que sejam as leis, elas não têm como alcançar todos os casos particulares, daí a necessidade do equânime, do juiz, para dar conta do que não é previsto pela lei e estabelecer a equidade devida.

O que garante a peculiaridade do equânime, o que possui a equidade, é o fato de este, embora sendo justo, não aparecer como o justo segundo a lei, mas enquanto *um corretivo do justo legal* (1137b 12-13; 26-27). A razão disto é que sua característica primordial o apresenta como aquele que corrige a justiça legal, caracterizado pelo estabelecimento

de leis que possuem, como pressuposto, uma generalidade, a qual que impede que elas sejam capazes de dar conta das particularidades nas quais se torna impossível julgar corretamente (1137b 14-16).

Tal situação se dá em matérias, como ocorre nos assuntos práticos, quando é necessário que nos limitemos a enunciados gerais, isto é, devemos nos contentar com o que ocorre *nas mais das vezes*. Aristóteles já havia entendido que isto acontece pela natureza mesmo dos assuntos práticos, da ética especificamente, disciplina em que não encontramos o mesmo rigor que em outras (1094b) – por exemplo, a Matemática –, sendo objeto de incertezas que nos obrigam a mostrar a verdade em linhas gerais, ou seja, de modo aproximado, *grosso modo* (1094b 20). O resultado disso é que, na medida em que tratamos de coisas e princípios constantes, nós somente podemos chegar a conclusões similares, fruto da inexatidão da ética (1094b 21-25), pois temos de atentar para a exatidão inerente a cada disciplina. Para tal, devemos investigar tendo em mente a natureza própria do objeto investigado (1098b 2-3).

Em razão disso, Aristóteles afirma que a falha não é da lei ou do legislador, mas, como acabamos de ver, da natureza das coisas que estamos tratando, natureza que apresenta a já mencionada inexatidão. Assim, quando o juiz, o equânime, defronta-se com um caso não previsto pela lei geral, torna-se imperioso corrigir a omissão do legislador no que concerne a tal caso, ou interpretar o que este teria dito caso se se confrontasse com tal situação (1137b 21-24), de modo a retificar a deficiência da lei.

Deste modo, podemos conceber o equânime como justo, e melhor do que uma espécie de justo: "não é melhor que o que é incondicionalmente justo [o justo absoluto], contudo, mas somente melhor que a espécie [de justo] que, pelo fato de que se pronuncia genericamente, comete um erro" (1137b 24-25). Por conseguinte, o equânime aparece como o que corrige a lei, tendo em vista a sua generalidade, o que acaba

por estabelecer sua deficiência. Logo, haverá circunstância em que será impossível erigir uma lei. Em tal situação, um decreto far-se-á necessário, pois "o padrão do que é indeterminado, é do mesmo modo indeterminado" (1137b 29-30): "como a régua de chumbo típica do modo de construir utilizada em Lesbos:[10] de fato, tal régua se adapta à forma da pedra, e não é rígida, assim como um decreto se adapta aos fatos" (1137b 29-32).

O decreto em questão deve ser emitido, então, pelo juiz, pelo equânime, no sentido de dar conta dos casos não previstos pela lei, a qual é caracterizada por sua generalidade. Assim, o que especifica o equânime é o fato de ser justo, e superior, como supramencionado, a um tipo específico de justo. Logo, a equidade[11] é uma dada disposição – que é uma espécie de justiça e não uma disposição distinta (1138a 3) –, e que tem por finalidade corrigir a lei quando esta não dá conta dos casos particulares.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea* (I. Bywater, ed.). Oxford: Oxford Classical Texts, 1942.

_____. *Nicomachean Ethics* (translated with introduction and notes by C. D. C. Reeve). Indianapolis; Cambridge: Hackett, 2014.

_____. Ética a Nicômaco. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1973.

_____. *Ética a Nicómaco*. 4. ed. Lisboa: Quetzal, 2012.

_____. *Magna Moralia*. Harvard: Loeb Classical Library, 1990.

[10] A régua de chumbo era uma régua flexível, utilizada pelos arquitetos de Lesbos, "que se amoldava à forma da pedra que media" (cf. Cavagnini, 2013, p. 28).

[11] Para uma análise da equidade ver, também, *Retórica* livro I, capítulos 13 e 15.

ARISTÓTELES. *Política* (D. Ross, Ed.). Oxford: Oxford Classical Texts, 1988.

_____. *Les Politiques* (Trad. P. Pellegrin). Paris: Flammarion, 1990.

_____. *Ars Rhetorica* (W. D. Ross, Ed.). Oxford: Oxford Classical Texts, 1959.

_____. *Rhetoric* (Trad. W. R. Roberts). In: ROT. Princeton: Princeton University Press, 1984. 2 vols.

AUBENQUE, P. La loi selon Aristote. *Archives de philosophie du droit*, 25, p. 147-157, 1980.

BAMBROUGH, R. Aristotle on Justice: a paradigm of philosophy. In: *New essays on Plato and Aristotle* (R. Bambrough, Ed.). London: Routledge and Kegan Paul, 1967. p. 159-174.

BODÉÜS, R. *Aristóteles, a justiça e a cidade*. São Paulo: Loyola, 2007.

BOSTOCK, D. *Aristotle's Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

BRUNSCHWIG, J. Rule and exception: on the Aristotelian theory of equity. In: *Rationality in greek tought* (M. Frede, G. Striker, Eds.). Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 115-155.

CAVAGNINI, J. A. *Somos inimputáveis*. São Paulo: Baraúnas, 2013.

COITINHO, S. D. *Os sentidos da justiça em Aristóteles*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

DALL'AGNOL, D. Os significados de "justiça" em Aristóteles. *Dissertatio*, 3, 1996. p. 33-49.

HARDIE, W. F. R. *Aristotle's ethical theory*. Oxford: Oxford University Press, 1968.

HUTCHINSON, D. S. Ethics. In: BARNES, J. (Ed.). *The Cambridge Companion to Aristotle*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 195-232.

IRWIN, T. H. *Aristotle's first principles*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

JACKSON, H. *The fifith book of the Nicomachean Ethics of Aristotle*. New York: Arno Press, 1973.

KEYT, D. Aristotle's theory of distributive justice. In: *A companion to Aristotle Politics* (D. Keyt, F. D. Jr. Miller, Eds.). Oxford; Cambridge: Blackwelll, 1991. p. 238-278.

MILLER, F. D. Jr. Aristotle on natural law and justice. In: *A companion to Aristotle Politics* (D. Keyt, F. D. Jr. Miller, Eds.). Oxford; Cambridge: Blackwelll, 1991. p. 279-306.

ROSS, D. *Aristóteles*. Lisboa: Dom Quixote, 1987.

TOMÁS DE AQUINO. *Commentary on Aristotle's Nicomachean Ethics* (translated by C.I. Litzinger, O. P.). Notre Dame: Dumb Ox Books, 1993.

URMSON, J. O. *Aristotle's ethics*. Oxford: Basil Blackwell, 1988.

WILLIAMS, B. Justice as a virtue. In: *Essays on Aristotle's ethics* (A. O. Rorty, Ed.). Berkeley: University of California Press, 1980. p. 189-199.

ZINGANO, M. *Ethica Nicomachea I 13 – III 8*. Tratado da Virtude Moral. São Paulo: Odysseus, 2008.

LEI E DIREITO EM AGOSTINHO E TOMÁS DE AQUINO

Noeli Dutra Rossatto

AGOSTINHO DE HIPONA

Não há um texto de Agostinho de Hipona que apresente o conteúdo hoje compreendido por uma Filosofia do Direito. O pensamento agostiniano, como é comum aos primeiros Padres da Igreja (Patrística) em geral, caracteriza-se por tratar os assuntos de maneira apologética, fragmentária e ocasional. Mesmo assim, podemos encontrar em sua obra um núcleo básico de problemas que giram em torno da definição de lei eterna *(lex aeterna)*, do seu conhecimento e da sua vinculação com as leis natural e positiva; e ainda, em torno das discussões sobre a justiça *(iustitia)*, o Direito *(ius)* e a composição e ordenação das coletividades humanas.

A LEI ETERNA, A NATURAL E A HUMANA

A noção de lei eterna aparece em duas passagens principais da obra de Agostinho. Na primeira parte do *De libero arbitrio* (I, 14, 14), escrita entre 387-398 d.C., está assim enunciada: "uma noção breve da lei eterna *(lex aeterna)*, que levamos impressa em nossa alma, direi que

é aquela em virtude da qual é justo que todas as coisas estejam perfeitamente ordenadas." No *Contra Faustum* (XXII, 27), escrito em torno do ano 400, a lei eterna aparece como "a razão ou vontade divina que manda conservar a ordem natural e proíbe alterá-la."

Destas duas passagens decorrem dois dos principais problemas discutidos pelo Direito medieval. O primeiro diz respeito à lei. Mais precisamente, o que é lei eterna e qual sua vinculação com a lei natural e a lei humana. O segundo trata a questão do conhecimento da lei eterna. É possível conhecê-la? De que forma?

Três são os modos de responder à pergunta pela essência da lei eterna, segundo as duas passagens citadas. Primeiro, ela pode ser tomada como a razão ou vontade divina. E em segundo, poderá ser vista como o princípio ordenador de todas as coisas. A primeira resposta mostra a influência platônica, pois pressupõe que a lei eterna estaria impressa na alma como uma espécie de reminiscência do Mundo das Ideias; ou mais precisamente, em linguagem agostiniana, por meio de uma iluminação divina. A segunda resposta toma a lei eterna como uma ordem natural imutável, o que remonta ao platonismo e ao estoicismo, recebidos pelo bispo de Hipona principalmente pela leitura do jurista, filósofo e político romano Marco Túlio Cícero (106-43 a.C). Das duas definições agostinianas, podemos ainda derivar uma terceira resposta, que diz respeito à estrita vinculação entre a lei eterna, a lei natural e as leis da cidade.

A propósito desta última resposta, os primeiros textos de Agostinho parecem não indicar um desacordo entre a lei eterna, a lei natural e a positiva. A nosso ver, no entanto, isso já não mais se verificará no *De civitate Dei*, escrito entre 413 e 426, sob o impacto da queda de Roma em 410 e a consequente acusação de que o cristianismo estava entre as causas principais.

Com base nestas tendências inerentes à obra agostiniana, uma das questões pertinentes para a Filosofia do Direito diz respeito à clarificação da relação entre a lei eterna, a natural e a positiva. Se tomarmos as duas citações tratadas anteriormente, que são da fase precedente ao *De civitate Dei*, parece plausível conceder que a lei positiva já carrega consigo as marcas da lei eterna; e que esses dois tipos de lei remetem-se de algum modo a uma ordenação natural que tem de ser preservada, pois também é divina. Tal argumentação pode ser reforçada com base em outro texto do mesmo período, o *Ad Simplicianum*, escrito entre 396-397, no qual se vê claramente não só a mútua implicação, mas o escalonamento entre esses três tipos de lei. Neste texto, em um primeiro momento, Agostinho (cf. 1952, p. 104-105) sugere que um procedimento justo estaria amparado na lei eterna, que é uma justiça *(aequitatis)* oculta e insondável para o entendimento humano. Em um momento seguinte, porém, ele concede: no entanto, se permanecermos restritos às leis humanas, é igualmente possível chegarmos à ideia de justiça divina. E como isso ocorre? Para o autor, as leis humanas, os "contratos terrenos" *(terrenisque contractibus)* já trariam de forma impressa *(impressa)* os vestígios *(vestigia)* da justiça suprema *(supernae iustitiae)*. Em complementação, ele arremata dizendo que é sintomático que nós só sentimos falta da justiça – temos "fome e sede de justiça", como assinala Mateus (Mt 5,6) –, devido a que já trazemos impressa em nossa alma a ideia de justiça suprema, caso contrário sequer ousaríamos suspirar de desejo ou levantar os olhos em direção ao mais alto dos preceitos.

No exemplo citado, podemos ver um esquema platônico que mostra o ordenamento dos três tipos de lei: a lei eterna, que é a Ideia (direito divino) na mente divina, está impressa na lei natural, que é a imagem *(imago)* gravada da lei eterna na alma humana, e nas leis humanas, pois estas últimas trazem os vestígios *(vestigia)* da lei eterna e, por conseguinte, da lei natural. Nesta etapa da obra agostiniana parece haver uma tácita harmonia entre os três tipos de lei, o que, a nossa

CATOLICA-BIBLIOTECA

percepção, é um reflexo direto da assimilação do platonismo e do estoicismo do período em que o cristianismo ainda não era a religião oficial do Império Romano, ou seja, antes da queda de Roma. É apenas neste sentido que podemos entender a afirmação de Alasdair MacIntyre (1991, p.168) a respeito de que, em Agostinho, familiarizar-se com a Ideia da justiça, como verdade presente na mente humana, é encontrar-se com a concepção de justiça já exemplificada na teoria e na prática da lei romana, que consiste em dar a cada um o que lhe é devido.

É da perspectiva dos textos agostinianos desta etapa que podemos dizer que há um encadeamento e uma mútua implicação entre os três tipos de lei. Também já é possível vislumbrar, porém, um problema latente, radicado no que Agostinho chama de ordem da natureza *(ordo naturae)*. Se a ordem natural for tomada como a atuação da divina providência no governo do mundo, não será difícil encontrar uma sintonia entre as leis eterna, natural e positiva. A lei eterna estaria refletida na ordem do mundo e na alma humana, como lei natural, e reapareceria como vestígio nas leis da cidade, conforme já foi assinalado anteriormente. Não obstante, se a ordenação brotar da divisão entre duas naturezas ou vontades, as leis da cidade só estarão ordenadas naturalmente para a lei eterna, caso tiverem origem em uma vontade boa; do contrário, ações motivadas por uma vontade desviada, uma vontade má *(mala voluntas)*, serão adversas à lei eterna. Tal duplicidade referente à origem e finalidade das leis positivas reside no próprio caráter misto da natureza humana, a qual, segundo Agostinho, carregaria consigo a marca da disjunção entre corpo e alma, carne e espírito. E tal pressuposto antropológico, a nosso ver, determinará o foco principal do pensamento jurídico do *De civitate Dei;* e, além disso, estará presente na recepção medieval dessas ideias, marcada pelas disputas entre papas e imperadores em torno da supremacia do poder.

AS LEIS DAS DUAS CIDADES

Um dos pontos em que se verifica mais precisamente o caráter disjuntivo das noções agostinianas de natureza humana e ordem natural é a definição de povo ou de comunidade no *De civitate Dei*. Do Direito Clássico, Agostinho herda uma de suas premissas básicas, mais tarde presente em Tomás de Aquino (cf. De Boni, 2003, p. 85), segundo a qual a lei somente existe quando há um povo apto a recebê-la, tendo como finalidade básica ordenar os indivíduos humanos entre si e dar tranquilidade à cidade.

No *De civitate Dei* (CD XX, 5, 2), o caráter misto *(permixto)* da natureza humana será determinante na compreensão da comunidade com base em dois modelos opostos. Tal oposição tem origem na duplicidade da vontade humana: aqueles que escolhem agir de acordo com a lei eterna constroem a *civitas Dei*; os que decidem agir de acordo com a cidade terrena e suas leis edificam a cidade dos homens. Sendo assim, apesar da admissão tácita de que as instituições humanas abrigam, a um só tempo e indistintamente, os cidadãos de ambas as cidades, e só na hora do Juízo Final ocorreria a separação entre bons e maus, não seria possível conciliar esses interesses opostos. Não haveria alternativa: os que amam a si mesmos e não a Deus permanecerão para sempre vinculados à cidade terrena, ao seu egoísmo e a sua maldade intrínseca; e os outros que, diferentemente dos gregos e dos romanos, não buscam a vanglória pessoal ou de uma cidade em particular, mas a glória divina, habitarão a cidade eterna.

O caráter misto das duas cidades ainda poderá ser evocado para dizer que as leis humanas coincidem com as leis eternas, mas apenas na medida em que estas mesmas leis voltam-se para a edificação da cidade celeste; do contrário, não merecem crédito, pois haveria um fosso intransponível separando a lei positiva da lei natural e da eterna. As leis

puramente humanas, além de não mostrarem os vestígios da lei eterna, trariam as marcas do mal de origem, do *peccatum originale*, intrínseco à natureza humana decaída.

Com base nesta dupla cidadania, a divina e a humana, tanto podemos afirmar que as leis humanas, na medida em que foram guiadas por uma vontade boa, coincidem com a lei natural e a lei eterna; como, em outro caso, se motivadas por uma vontade má, estão em total desacordo. Se, para os gregos e romanos, o exercício da justiça e do Direito tinha como pressuposto básico o pertencimento a uma determinada comunidade organizada – a *polis* grega, a *civitas* romana ou a *civitas universalis* dos estoicos –, a cidade da qual o cidadão cristão deverá participar de fato é a divina. E se a prática da justiça não mais se limita ao horizonte da cidade terrena, como quer Agostinho, consequentemente as leis positivas passarão a ter uma função secundária, temporal e transitória. Serão tomadas tão só em função da manutenção da paz social, indispensável para o exercício das virtudes cristãs.

Outra mudança que ocorre diz respeito à noção de justiça. Se a justiça antes ocupava um lugar central e privilegiado na escala das virtudes, com Agostinho ela será deslocada para um segundo plano. Seu posto será ocupado por uma nova virtude, o amor *(charitas)*, porém isso não vai ocorrer sem antes haver uma redefinição do conceito romano de povo *(populus)*. Conforme assinala Etienne Gilson (1965, p. 44 et seq.), o bispo de Hipona teve de resolver um difícil dilema: se, por um lado, continuasse a definir "povo" com base na justiça *(iustitia)*, tal como faziam os romanos, sobretudo Cícero, difícil seria distinguir a velha ordem da *societas* romana da nova *civitas* cristã. De outro lado, não definir mais "povo" com base no Direito *(ius)*, implicaria afirmar que os romanos nunca formaram um povo, o que seria absurdo. Agostinho, então, opta por uma solução intermediária. Em um momento, assume o que havia proposto Cícero em seu diálogo perdido, *De republica*, ao

definir o povo como "uma multidão reunida em sociedade pela adoção em comum acordo de um direito *(ius)* e pela comunhão de interesses" (cf. CD XIX, 21, 1). No momento seguinte, contudo, redefine o conceito de *populus*, tomando por base não mais o Direito, senão a "comunhão de interesses" *(utilitatis communione)*. Agostinho define "povo", então, como "um conjunto de seres racionais associados em virtude da participação em interesses comuns" (CD XIX, 24).

A novidade consiste justamente no enfraquecimento da unidade produzida com base nas leis da *civitas*, fortalecendo em troca os interesses comuns, os quais servirão mais adiante para discriminar os cidadãos em dois grupos opostos. E se, em um primeiro momento, este enfraquecimento acaba por deixar a justiça *(iustitia)* – e, por conseguinte, o Direito Positivo *(ius)* – em um lugar secundário; em outro lugar, servirá para dar protagonismo à virtude da *charitas*. E é com base nesta nova virtude, e não mais na justiça e no Direito, que serão divisados os interesses partilhados pelos cidadãos das duas cidades. Uma passagem bem conhecida do *De civitate Dei* (CD XIV, 28), resume: "Dois amores construíram duas cidades: o amor de si mesmo até o desprezo de Deus, a terrena; e o amor de Deus até o desprezo de si, a celestial. A primeira se gloria em si mesma; a segunda se gloria no Senhor."

Em suma, a simples prática da justiça e do Direito, que para a tradição greco-romana era sinônimo de respeito às leis positivas, não mais assegura o ingresso na cidade de Deus, pois isso pode estar guiado por interesses egoístas. De outro modo, seguir o horizonte aberto pela cidade de Deus implica desprezar a si e as coisas terrenas, amando a Deus e as coisas celestes. Assim, não só a lei humana poderá estar em desacordo com a lei eterna, como também as virtudes teológicas (fé, esperança e caridade) nem sempre coincidirão necessariamente com

as virtudes cívicas, entre elas a justiça; e, consequentemente, a prática da justiça e o Direito Positivo não mais darão garantias suficientes para assegurar a vida boa.

DIREITO: divino, natural e positivo

A dupla face da Antropologia agostiniana, transposta para a esfera jurídica, reaparecerá nas disputas entre reis e papas pela supremacia do poder ao longo dos séculos 11 e 12. Apesar de alguns estudiosos argumentarem que Agostinho admite a autonomia entre o poder secular e o eclesiástico, tal posição parece não se sustentar suficientemente quando se leva em conta a sua concepção de natureza humana e de ordem natural. Por isso, para outros, essas duas noções serão decisivas na hora de justificar a tese da supremacia do Direito Divino em relação ao Direito Natural e Positivo. Desta posição, uma das principais razões para que o Direito Natural dos reis e o Direito Positivo tenham sido colocados em situação de inferioridade em relação ao Direito Divino, adviria da concepção agostiniana de natureza humana. Para Agostinho, a natureza humana, decaída e degradada pelo pecado original, teria de buscar sua redenção em uma ordem superior; e de igual sorte, o poder temporal, carregando consigo as marcas do mal de origem, teria de ser legitimado por um poder superior de natureza divina.

Precisamente este é um dos pontos em que a crítica especializada se divide. Para alguns, na esteira do que sugere o chamado agostinismo político, a reforma de Gregório VII (1073-1085), por exemplo, será tomada como a expressão máxima do desejo de submeter o poder temporal ao poder divino. Outros, na mesma sequência (Weckmann, 1993), só que deslocando a ênfase do terreno político para o jurídico, encontram na reforma gregoriana o ponto culminante da absorção do Direito Natural de Estado pela Igreja, como resultado direto da aplicação

da teoria da justiça agostiniana. Contrariamente, outros ainda (Bloch, 1993), defendem que a doutrina gregoriana não decorre diretamente da obra de Agostinho, mas da necessidade concreta de retomar o poder eclesiástico das mãos do poder temporal, reavendo o poder sacerdotal usurpado pelos reis.

Assim, para essa última tendência interpretativa, o ponto culminante da reforma gregoriana não teria sido a tentativa de submeter o Direito Positivo ao Divino, ou de a Igreja absorver o Direito Natural de Estado, mas, de outro modo, a dessacralização de um corpo político e a eliminação da ambiguidade que estendia ao monarca a função de rei e sacerdote *(rex et sacerdos)*.

De qualquer modo, é preciso afirmar, em termos gerais, que a recepção do pensamento de Agostinho, e em especial o jurídico, no decorrer da Idade Média, não se dá apenas mediante a apropriação direta e literal do que ele afirmara, mas principalmente pela retomada de algumas tendências inerentes aos seus textos, que terão vida própria na medida em que são interpretadas de acordo com os interesses imediatos do momento.

Aqui passamos à segunda questão que diz respeito ao conhecimento da lei eterna.

O CONHECIMENTO DA LEI ETERNA

Quando Agostinho afirma que a lei eterna está impressa em nossa alma, poderíamos ser levados a pensar que já temos acesso direto a ela e que, de algum modo, de seu conhecimento resultaria a prática correta. Não é bem assim, entretanto.

Para Agostinho, como para toda a tradição platônica, saber o que é a lei eterna ou a virtude, tal como é o caso da justiça, significa conhecer a sua forma. O problema, então, é como ter acesso à forma da justiça. Para o platonismo em geral, a resposta era sabida: a forma da justiça deveria ser contemplada mediante o exercício das habilidades intelectuais necessárias para aceder a ela (cf. MacIntyre, 1991, p. 161). No platonismo como um todo, o conhecimento do bem resultava necessariamente em uma boa ação; e o mal, por sua vez, consistiria na ignorância do bem ou em um raciocínio equivocado.

No *De trinitate* (VIII, 6), Agostinho admite que todos podemos descobrir em nós a forma atemporal ou o princípio da justiça como medida da ação correta. Neste caso, como já assinalamos, Agostinho segue a solução platônico-estoica, para a qual a lei eterna estaria refletida na alma humana e, consequentemente, nas leis positivas, e todos indistintamente poderiam ter acesso a ela. De acordo com esta tradição, se investigássemos em nós mesmos a respeito do que consiste o princípio da justiça, encontraríamos o que já está de certo modo explicitado na lei positiva.

Desta perspectiva, a questão seria saber em que reside a novidade da proposta agostiniana em termos do conhecimento da lei eterna. Uma primeira resposta é que Agostinho abandona a perspectiva platônica, que dava primazia ao conhecimento, e que implicava ter de decidir se todos ou apenas alguns teriam acesso às ideias eternas. Para o bispo de Hipona, definitivamente o conhecimento das ideias eternas não é mais garantia suficiente para a ação correta, pois, mesmo no caso de admitir que muitos pudessem exercitar as habilidades necessárias para chegar ao mais alto grau de conhecimento da virtude, isso não reverteria numa prática correta. A segunda novidade introduzida no esquema platônico

é a noção de vontade. E assim, em suma, ainda que conhecêssemos de modo perfeito a ideia de justiça, presente na mente divina, caberia à vontade decidir agir ou não de acordo com ela.

TOMÁS DE AQUINO

Diferentemente de Agostinho, Tomás de Aquino reúne os temas jurídicos em uma parte especial da sua obra, a *De lege* (Da lei), compreendida entre as questões 90 e 108, da I Parte da II Parte da *Suma teológica*.

A exposição do *magister* escolástico tem em vista responder a duas indagações principais, a saber: O que é a lei? E quais são os tipos de lei?

Ao tratar a primeira questão, ele apresenta quatro elementos indispensáveis para a definição da lei: a ordenação racional, o bem comum, a constituição e a promulgação. Os dois primeiros elementos respondem à questão – O que é a lei? Os outros dois têm em vista definir em poder de quem está o ato de legislar e se há necessidade de promulgar as leis.

Quatro são os tipos de lei: *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex humana et lex divina*.

TRÊS OBSERVAÇÕES SOBRE O *DE LEGE*

Na resposta do *De lege* à questão que pergunta pela essência da lei, Tomás de Aquino não especifica que tipo de lei está em jogo, se é a lei eterna, a natural, a humana ou a divina. Apesar disso, pelas características apresentadas pelo seu texto, parece certo que se trata da lei humana ou positiva, pois, como veremos, a definição proposta tão somente se aplicaria a ela. Tal suposição também guarda coerência com a perspectiva geral da obra tomasiana que se apoia na Filosofia aristotélica como um todo. De um ponto de vista metodológico, Tomás de Aquino tem

em vista as leis das cidades de sua época, partindo assim do sensível ao inteligível, como prescreve o aristotelismo. Conforme assinala De Boni (2003, p. 78), ao examinarmos o *De lege*, "percebemos que, embora o autor distinga expressamente quatro diversas formas de lei, contudo, por trás desta distinção permanece sempre o modelo da lei humana, o que, aliás, é coerente com seu modo 'aristotélico' de trabalhar."

Ao lado desta primeira observação, cabe uma segunda de caráter histórico. Ao definir o que é a lei, Tomás tem em vista revisar alguns aspectos das teorias jurídicas precedentes. É assim que ele se vale, incorpora e cita amiúde as obras produzidas por três vertentes principais do pensamento jurídico que influenciou o medievo. Da importante contribuição proveniente de Aristóteles, por ele considerado "o Filósofo", incorpora sobretudo as obras de ética e política. Da vertente judaico-cristã ele retoma, além das escrituras bíblicas, os textos de Agostinho, Isidoro de Sevilha (s. VI) e os *Decretos* do monge Graciano *(Decretum Gratiani)*, redigidos em Bolonha entre os anos 1140 e 1142, como uma espécie de compilação das normas canônicas da Igreja Católica. Do Direito Romano cita mais copiosamente os textos de Cícero.

Em termos contextuais, o *De lege* situa-se dentro de um movimento jurídico, caracterizado por um novo modo de compreender a lei, surgido no decorrer do século 13 no interior das universidades medievais. Distingue-se, conquanto, da vertente marcada pela recepção do pensamento greco-romano dos primeiros séculos do medievo; como também daquela outra vertente mais tardia, compreendida pelo pensamento monástico. Da perspectiva desta nova cultura jurídica pode-se concluir que a contribuição tomasiana está vinculada como um todo ao renascimento político de finais da Idade Média, segundo o qual a lei deixa de ser vista como obrigatoriedade ligada à coerção e ao castigo físico, adquirindo aos poucos uma função moral e política. Um forte indício dessa mudança é que, entre os quatro elementos enumerados

como constitutivos da essência da lei, não mais figura a coerção pela força física *(vis coactiva)*, substituída pelo poder da razão e a força da moral em uma perspectiva política.

O QUE É A LEI?

Tomás de Aquino responde à primeira questão – O que é a lei? –, a partir da articulação de quatro elementos principais. O primeiro deles diz respeito à *ordenação racional*.

A lei é uma ordenação racional

Diferenciando-se dos modelos voluntaristas, para os quais a lei se alicerçava na vontade de um soberano, Tomás de Aquino entende que as razões da lei *(rationes legis)* estão vinculadas ao intelecto; e é este que, por sua vez, dirige a vontade. E ao contrário dos tratados de jurisprudência medieval destinados aos príncipes, que insistiam em derivar a força da lei da vontade do soberano, ele afirmará, em troca, que somente a regulamentação racional poderá converter o querer de um governante em lei; e só assim a vontade de quem governa poderá ter força legal, caso contrário será tomada como perversa (cf. *S.th.*, I-II, 90,1 *ad tert.*). Difícil será, pois, negar que o modelo tomasiano não possa ser em ampla medida enquadrado no chamado racionalismo jurídico, pois o mandato ou império da lei é primeiramente um ato intelectivo (Arraya, 1997). O que pode ser objeto de discussão é o tipo de racionalidade implicado em seu pensamento e o seu alcance teórico.

No primeiro artigo do *De lege* (*S.th.* I-II, 90,1), Tomás apresenta os principais argumentos contrários a sua tese racionalista. Inicialmente, ele parece ter em mente o pensamento agostiniano ao retomar o argumento de que a ação é motivada propriamente pela vontade; e que,

CATÓLICA-BIBLIOTECA

em vista disso, não dependeria da razão. Em seguida ele rebate esta posição voluntarista alegando que, apesar de a razão ser impulsionada pela vontade aos fins desejados, para que a vontade venha a se constituir em lei é necessário que ela seja antes regulada pela razão. O que está em jogo aqui não é tanto decidir se a ação é impulsionada pela vontade ou pela razão, aspecto que Tomás parece concordar com Agostinho, mas sim de quem é a primazia.

É com Aristóteles que, na solução deste primeiro artigo (*S.th.*, I-II, 90,1 *resp.)*, Tomás define o primado da razão sobre a vontade; e, em consequência disso, entende a lei não mais como o objeto do desejo de alguém em particular, senão como uma regra e medida *(regula et mensura)* racional. É daí que provém o caráter racional da lei, entendida como uma espécie de primeiro princípio prático, o qual regula e gradua todos os atos humanos. Tomás, no entanto, acrescenta que, por ser um princípio primeiro da razão prática, que tem como finalidade o bem – e não da razão teórica, que tem o ser por objeto –, está situado teleologicamente como um fim último. Assim, valendo-se da teleologia inerente à ética aristotélica, ele irá concluir que o bem último para o qual se dirigem todas as ações humanas é a felicidade. E ainda, na medida em que cada indivíduo humano faz parte de uma comunidade perfeita, o bem não pode ser tomado em seu caráter individual ou privado, mas enquanto coletivo ou comum. Aí reside o segundo elemento ao qual a definição de lei está relacionada: o bem comum *(bonum commune)*.

A finalidade da lei é o bem comum

Ao tratar o bem comum, Tomás começa problematizando a respeito da lei como fim último da ação. Pergunta se a lei não se ordenaria aos bens particulares. Os argumentos favoráveis a que a finalidade da lei reside nos bens privados estão articulados por três diferentes hipóteses: a) se a ordenação ou proibição visa apenas a um bem particular; b) se a

lei dirige o indivíduo humano tão só para ações particulares; e, por fim, c) se o que é ordenado racionalmente diz respeito só aos bens particulares. Em contrapartida, Tomás (*S.th.*, I-II, 90, 2) traz uma passagem das *Etimologias* (*Etym.*, *V, 21*) de Isidoro de Sevilha, a qual dispõe que a lei não é prescrita para a utilidade dos particulares, senão para o que é comum aos cidadãos *(communi civium)*.

Na solução da questão, Tomás de Aquino retoma o que havia assentado anteriormente a respeito da racionalidade da lei. A lei é a regra e a medida dos atos humanos e tem como finalidade última o bem comum. Na sequência ele acrescenta, com Aristóteles, que a comunidade perfeita na qual reside o bem comum, como felicidade suprema, é a cidade (*S.th.*, I-II, 90, 2 *resp.*). E mais: se a lei diz respeito ao bem comum, nenhuma outra regra referente ao bem privado terá força de obrigação. Disso decorre que o mandato ou o império da lei está ancorado nos interesses comuns da cidade, de modo semelhante a Agostinho; porém, de outro modo, não mais radica nas vontades – ou mesmo razões – particulares. Aqui a Antropologia agostiniana cede lugar para a aristotélica. Para Tomás, o humano não mais estará cindido entre o dificilmente alcançável ideal de uma razão eterna e a crua realidade de uma vontade decaída. E ainda que, na perspectiva tomasiana, o indivíduo humano, como *animal socialis*, não possa ser tomado integralmente como o animal político *(zoon politikon)* aristotélico, mantém-se preservada a anterioridade e superioridade do todo *(bonum commune)* em relação às particularidades (bens individuais).

Por fim, cabe assinalar que nem tudo o que está dirigido ao bem comum poderá ser contemplado pela lei, pois nela será posto apenas o que resulta do entendimento comum de uma cidade. Neste caso, alguns observam que a razão comum, como capacidade de elaborar regras e de

medir a ação, é a causa eficiente da lei, e o bem comum sua causa final. Os outros dois elementos da lei estão relacionados com a sua constituição e promulgação.

Cabe ao povo legislar

Em coerência com a definição da lei como ordenação racional ao bem comum, Tomás investiga a propósito de sua constituição e promulgação. Duas questões são básicas. A quem compete fazer a lei? E se ela terá de ser promulgada.

Do mesmo modo que nos artigos precedentes, Tomás apresenta três argumentos favoráveis à tese de que qualquer pessoa em particular poderá fazer leis. E outra vez lança mão de um contra-argumento tirado das *Etimologias* de Isidoro de Sevilha (*Etym., V, 10*), citado pelos *Decretos* de Graciano, o qual assegura que cabe ao povo legislar. Na solução da questão (*S.th.*, I-II, 90, 3 *resp.*), o *magister* escolástico reafirma a posição do contra-argumento, concluindo: "Logo, ordenar para o bem comum é próprio do povo ou de quem governa em lugar dele."

Com isso, fica posto que a função legislativa não é tarefa de uma razão particular qualquer, senão que compete ao povo ou a quem governa em seu lugar. E se o ato de legislar é exclusividade da comunidade ou da pessoa pública que a representa, a força coativa e a obrigatoriedade da lei não mais residem nas vontades ou intelectos particulares, senão em uma instância comum ou coletiva (cf. *S.th.*, I-II, 90, 3).

A lei tem de ser promulgada

O quarto e último elemento constitutivo da lei é a sua promulgação. Entre os argumentos apresentados por Tomás a favor de que não é necessário promulgar a lei está o de que a lei natural, considerada por ele

mais excelente que a humana, não precisa ser promulgada para entrar em vigor. Em seguida, porém, ele rebate (cf. *S.th.*, I-II, 90, 4) com uma passagem dos *Decretos (IV dist.)* de Graciano, na qual reza que as leis apenas são instituídas quando promulgadas. De acordo com isso, ele escreve em conclusão (*S.th.*, I-II, 90, 4, *resp.*) que, para a lei ter caráter de obrigação, deve necessariamente ser promulgada. Assim, ela é conhecida pelos seres racionais e, como tal, terá de ser cumprida.

No exposto até aqui, temos as quatro características essenciais, sintetizadas por Tomás de Aquino na seguinte definição de lei da *Suma teológica* (*S.th.*, I-II, 90, 4): "não é mais que a ordenação da razão para o bem comum, promulgada por quem tem o cuidado da comunidade" *(nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ad eo qui curam communitatis habet promulgata)*. Passemos agora aos tipos de lei.

OS TIPOS DE LEI

Quatro são os tipos de lei, como já foi mencionado: a lei eterna, a lei natural, a lei humana e a lei divina. Podemos afirmar, com Bobbio (1995, p. 20), que a distinção entre a *lex naturalis* e a *lex humana* corresponde à divisão entre Direito Natural e Direito Positivo, conforme se encontra na maioria dos tratados jurídicos medievais. Em Tomás de Aquino, no entanto, a lei eterna não é sinônima de lei divina; e esta última, restrita aos preceitos bíblicos e eclesiásticos, fará parte da lei positiva. Devido a isso, trataremos apenas a lei humana como lei positiva, e deixaremos de lado a lei divina.

A lei eterna

O primeiro tipo de lei é a lei eterna, concebida como a suprema razão que ordena todas as coisas. Ao discutir a eternidade da lei, Tomás descarta inicialmente três argumentos contrários, que se amparam na

alegação de que toda lei ou é imposta, ou é promulgada, ou é ordenada a um fim; e, devido a essas características temporais, não poderia ser eterna. De outro modo, ele contra-argumenta favoravelmente à eternidade da lei com base no *De libero arbitrium* (I, 6) de Agostinho, para o qual a lei é a suprema razão *(summa ratio)*, eterna e imutável para todo o ser inteligente (cf. *S.th.*, I-II, 91, 1).

A lei eterna, entendida como a razão de perfeição, de ordenação e de governo de todas as criaturas com relação as suas finalidades últimas, acaba sendo identificada com a própria definição de providência divina, como admite Tomás de Aquino (*S.th.*, I-II, 93, 1). De acordo com o pensamento tomasiano, porém, temos de distinguir dois fatores. Primeiro, que a lei eterna é um princípio primeiro, vinculado à potência divina absoluta, a qual não se manifesta plenamente no mundo. Segundo, que a providência divina está relacionada com a potência ordenada, que se manifesta na ordem e governo do mundo. Em outros termos, a lei eterna é um princípio absoluto, pois diz respeito a Deus *qua* Deus; e a providência um princípio relativo, que resulta da aplicação da potência ordenada. Por isso, não haveria identificação entre lei eterna e providência divina.

Três características principais são atribuídas à lei eterna. A primeira delas é poder ser conhecida (cf. *S.th.*, I-II, 93, 2). Em um caminho semelhante ao de Agostinho, Tomás de Aquino admite que a lei eterna está impressa em todo ser racional; e que, por isso, poderá ser conhecida de dois modos, a saber: em si mesma e por seus efeitos. O conhecimento da lei eterna em si mesma cabe apenas ao próprio Deus e a alguns iluminados ou bem-aventurados. Os demais poderão conhecê-la mediante seus efeitos no mundo.

A segunda característica é a anterioridade. A lei eterna, como primeiro princípio prático, é anterior a todas as outras leis. Por conseguinte, toda lei verdadeira tem de ser derivada necessariamente da lei eterna; e é, nesta mesma medida, que as demais leis participam da razão suprema.

E, por fim, temos a extensão como terceira característica. A lei eterna, entendida como princípio prático primeiro e anterior a todo ser criado, rege a todas as criaturas indistintamente.

A lei natural

Tomás de Aquino define a lei natural como a participação da criatura racional na lei eterna *(S.th.*, I-II, 91, 2 *resp.)*. Inicialmente, ele observa que há dois modos de participação na lei eterna: um modo passivo, em que todos os seres são indistintamente regulados e medidos por ela; e um ativo, próprio aos seres racionais. De acordo com o primeiro modo, todas as criaturas participam da lei eterna, pois estão sujeitas ao ritmo imposto ao mundo pela providência divina, na medida em que tendem naturalmente para seus próprios fins. No segundo modo, contudo, que caracteriza mais propriamente o agir humano, o ser criado participa da providência divina da forma mais excelente. Pelo uso da razão, os seres humanos podem prover a si mesmos e os demais, conforme suas necessidades comuns. Por isso, participam da lei natural na medida em que daí derivam suas inclinações para os fins devidos, o que implica discernir entre o bem e o mal. Nesse sentido, a lei natural é derivada da lei eterna pela criatura racional, regulando a ação humana em relação aos seus fins naturais.

O estreito vínculo estabelecido por Tomás de Aquino entre a lei eterna, a lei natural e a razão humana fez com que a literatura posterior viesse a tomar posições distintas em relação a esse tópico. Por exemplo, ante a pergunta se a lei natural é uma lei da razão, da natureza ou divina,

teremos diferentes respostas. Para alguns, se for tomada apenas como algo da natureza, ficará restrita à participação passiva dos humanos na providência divina, assim como todas as criaturas dela participam. Pareceria, então, mais oportuno entender que a lei natural não é algo *da* natureza, mas da razão humana. Ante este argumento, todavia, outros reagem dizendo que a própria razão humana não pode ser fundamento da lei natural, pois ela não se basta a si mesma; menos ainda a vontade, pois que a lei natural não depende das decisões humanas em particular. Alegam outros (cf. Nedel, 1998, p. 84), entretanto: o argumento de que a lei natural decorre da própria natureza humana pressupõe uma noção realista de natureza, como essência válida para todos, o que não seria uma mera ficção ou nome vazio. Neste particular, o conceito tomasiano de lei natural (ou de Direito Natural) não pode ser tomado no mesmo sentido das modernas teorias jusnaturalistas (Locke, Rousseau ou Hobbes), para as quais o estado de natureza é uma ficção (cf. De Boni, 2003, p. 93).

Em qualquer caso, para bem entender a posição tomasiana é preciso levar em conta os graus de ordenação entre os três tipos de lei e os diferentes modos de participação do ser humano em cada um deles.

Certo é que a lei natural deriva da lei eterna mediante juízos práticos universais acerca do bem que deve ser feito e do mal a ser evitado. Então, o primeiro princípio prático evidente por si mesmo expressa-se na fórmula lapidar do *De lege* (*S.th.*, I-II, 94, 2): fazer o bem e evitar o mal *(bonnum faciendum et malum vitandum)*. Este princípio prático é evidente por si mesmo, de modo semelhante a como os primeiros princípios especulativos também o são. Assim, se a razão especulativa pode chegar por si mesma à conclusão de que o todo finito é maior que a parte, ou que algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo sob as mesmas circunstâncias, a razão prática poderá igualmente discernir entre o bem e o mal, a verdade e a mentira. E todos os outros princípios da lei natural serão derivados deste primeiro princípio prático. Entre os princípios derivados,

considerados imutáveis e universais, temos: conservar a vida e evitar atos que atentam contra ela, conservar a espécie pela união entre os sexos e viver em sociedade de forma ordenada e pacífica (cf. *S.th.*, I-II, 94, 1).

A lei natural, no entanto, apenas possibilita enunciar essas regras a título de leis gerais, as quais precisam ser detalhadas para que possam ser aplicadas de forma mais concreta. Esta é a tarefa do legislador, ao qual compete derivar as leis humanas da lei natural.

A lei humana

Para Tomás de Aquino, as leis humanas são derivadas da lei natural de dois modos (*S.th.*, I-II 91, 3). O primeiro é por conclusão *(per conclusionem)*, quando a lei humana decorre da natural por meio de um silogismo prático (cf. Bobbio, 1995, p. 20). É o chamado direito dos povos *(ius gentium)*. Por exemplo, a regra que impede o falso testemunho é derivada da lei natural que manda não mentir. O segundo modo de derivação é por determinação *(per determinationem)*, quando a lei natural é demasiado genérica, cabendo às leis humanas determinar o modo mais concreto em que ela se aplica. Temos aqui o Direito Civil *(ius civile)*. Por exemplo, a lei natural alerta que os delitos devem ser punidos, no entanto a medida e o modo concreto de punição são atribuições do Direito Positivo.

De qualquer modo, as leis humanas são obrigações apenas na medida em que concordam com as leis naturais, caso contrário não teriam racionalidade e perderiam o caráter legal.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO. Tratados sobre la gracia. Los dos libros sobre diversas cuestiones a Simpliciano (Ad Simplicianum). In: *Obras de San Agustín*. Tomo IX. Madrid: BAC, 1952.

AGOSTINHO. *Contra Faustum manichaeum*. Madrid: BAC, 1993.

_____. *O livre arbítrio*. Tradução Nair Assis de Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. De trinitate. In: *Obras completas*. Madrid: BAC, 1968. V. 5.

_____. *Obras de Agustín (De civitate Dei)*. Tomos XVI-XVII. Madrid: BAC, 1963.

ARRAYA, Eval Antonio. El tratado de La ley en Santo Tomás de Aquino: un capítulo de historia del Derecho. *Revista de Filosofía*. Universidad de Costa Rica. XXXV (85), 127-134, 1997.

BÍBLIA. *Bíblia de Jerusalém*. São Paulo: Paulus, 2002.

BLOCH, Marc. *Os reis taumaturgos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

DE BONI, L. A. *De Abelardo a Lutero*. Estudos sobre Filosofia Prática na Idade Média. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

FERREIRO, Jazmin. *Tomás de Aquino y el vocabulario jurídico y filosófico en la elaboración de la teoría política*. Filopol. Actas de las primeras jornadas de Filosofía Política: democracia, tolerancia, libertad. Compilado por Patricia Britos. Bahia Blanca: Universidad Nacional del Sur – Ediuns, 2008.

GILSON, E. *A evolução da cidade de Deus*. São Paulo: Editora Herder, 1965.

HABERMAS, J. *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*. Barcelona: Altaya, 1999.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.

NASCIMENTO, C. A.; SOUZA NETO, F. B. (Org.). *Tomás de Aquino. Escritos políticos*. Petrópolis: Vozes, 1996.

NEDEL, J. *Ética, direito e justiça*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998.

PÊCEGO, D. N. Anotações sobre os requisitos fundamentais da lei segundo Santo Tomás de Aquino. *Aquinate*, n. 09, 127-146, 2009.

ROSSATTO, N. D. Escolha e justiça. A alternativa agostiniana. *Ethica* (UGF), Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 185-199, 2009.

_____. *Electio et iustitia*. Joaquim de Fiore e Agostinho. Patristica et Mediaevalia, Buenos Aires, v. XXXI, p. 65-74, 2010.

_____. *Summum bonum*. A perspectiva medieval. Studia Kantiana, Rio de Janeiro, v. 11, p. 122-138, 2011.

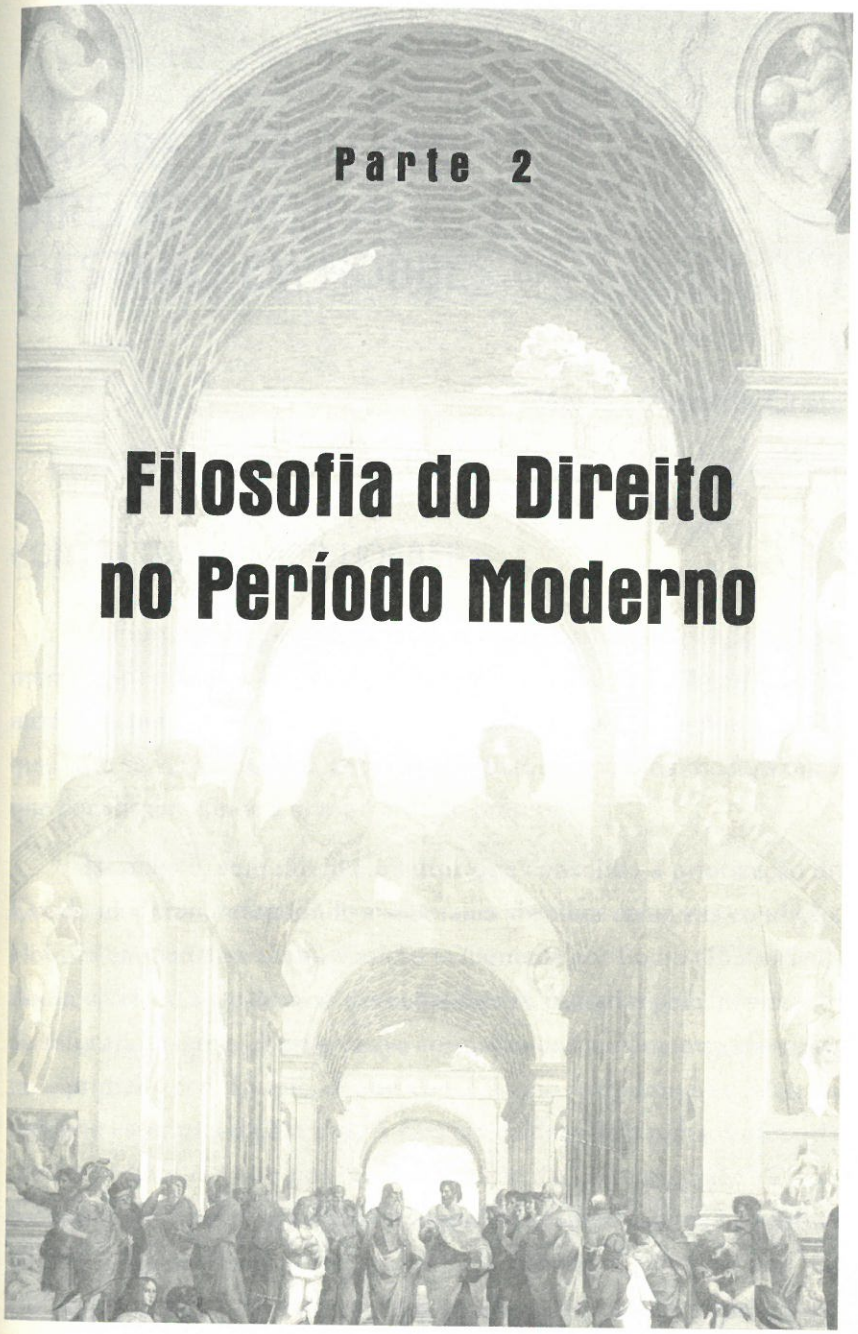
_____. Justiça: igualdade e bondade no platonismo medieval. *Revista Archai*, n. 12, p. 159-168, 2014.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. I Parte da II Parte. Questões 90-111 – Da lei e da graça. São Paulo: Faculdade de Filosofia *Sedes Sapientiae*, 1954.

WECKMANN, Luis. *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económico, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Tomás de Aquino. *Revista Crítica Jurídica*, n. 19, p. 15-31, jul./dez. 2001.

CATOLICA-BIBLIOTECA



Parte 2

Filosofia do Direito no Período Moderno

NATUREZA HUMANA, DIREITO NATURAL E ESTADO EM HOBBES

Marta Nunes da Costa

CONTEXTUALIZANDO HOBBES

A Filosofia do Direito na modernidade destaca-se por dois fenômenos específicos e indissociáveis: por um lado, a criação do Estado moderno, por outro, a afirmação do conceito de soberania por meio do qual este se vai consolidar. Estas são as duas heranças da modernidade que constituem ainda a nossa condição presente.

Hobbes é, sem dúvida, o autor que consolida a priorização do Estado moderno defendendo a soberania absoluta como sua condição. Hobbes enquadra-se numa tradição inaugurada por Bodin (1530-1596). Bodin viveu no auge da crise das consciências, causadas pelo movimento de reforma da igreja. A progressiva afirmação dos movimentos reformistas – primeiro com Lutero, depois com Calvino – resultou na quebra na unidade espiritual da Europa. A esta crise aliava-se a metamorfose da sociedade francesa, que assistia à redefinição das classes sociais; e à crise econômica, uma vez que o Estado francês encontrava-se na bancarrota em 1557. Em tal contexto levantava-se a questão: Como restaurar um ambiente de paz, transversal aos vários níveis – religioso, econômico e

político? Em 1576 Bodin escreve os *Seis Livros sobre a República*. Nesta obra, Bodin parte da constatação de que o movimento inaugurado pela Reforma Protestante trouxera consigo a urgência de repensar a relação entre poder celeste e poder terrestre e afirmar a autonomia da esfera política ante a esfera religiosa. Os *Seis Livros sobre a República* afirmam esta autonomia da política diante da religião; uma autonomia que corresponde à criação do Estado moderno e à afirmação de um poder soberano absoluto, encarnado na figura do rei. A soberania, enquanto expressão primeira do direito de fazer leis, é para Bodin definida como poder perpétuo, indivisível, uno e absoluto. O soberano é aquele que cria o código legal que rege a conduta dos súditos, mas não se sujeitando às leis por ele criadas.[1]

Se Bodin permanece, em certa medida, ignorado pelo *mainstream* da teoria e ciência política, ou se o reconhecimento da sua importância é geralmente parcial, Hobbes é incontestavelmente um autor que permanece intemporal até hoje. A sua obra torna-se marco inevitável e referência incontornável quando queremos descrever a natureza humana, pensar a fonte de obrigação política e justificar a soberania (absoluta).

Hobbes (1588-1679), autor inglês que viveu em tempos de transformação e conflito político no seu país, depara-se com o problema de pensar a forma de legitimação de um poder político, independente do poder religioso, num contexto marcado por divisões territoriais e pela crescente demarcação das ordens sociais. Embora Hobbes tenha escrito sobre vários temas – desde a teoria do conhecimento, a teologia e Filosofia Política – é unânime reconhecer *Do cidadão* (1642) e o *Leviatã*

[1] O que parece como absoluta independência do soberano diante do poder político instituído e por ele representado – em que o soberano se define pelos direitos, mas não parece ter deveres – é, na verdade, expressão de harmonia entre duas ordens: embora o soberano não tenha deveres perante os súditos, em última análise ele tem deveres perante Deus. Bodin postula a harmonia entre leis da natureza, leis divinas e leis positivas, na medida em que as últimas devem ser o reflexo das anteriores, tendo o soberano o dever fundamental de garantir que esta correspondência aconteça.

(1651) como as duas obras mais significativas do autor para a Filosofia do Direito. Com o *Leviatã*, Hobbes pretende fornecer argumentos claros a todos os cidadãos letrados, demonstrando a necessidade de todos se submeterem incontestável e incondicionalmente ao soberano absoluto, de forma a conservar a paz e estabilidade política. *Leviatã*, por isso, não é apenas descrição da ordem das coisas, mas sim a prescrição de uma determinada ordem. Como Bodin, Hobbes não quer propor uma teoria perfeita, mas inexequível; ele deseja, sim, justificar uma teoria secular da autoridade política, independente da argumentação teológica e por contraposição às correntes de seu tempo, que continuavam o debate de definir a lei natural, e o papel de Deus na ordem do mundo. É preciso, para isso, descrever, argumentar, influenciar e transformar as consciências para que estas reconheçam a fonte dos seus erros e abracem a nova lógica política proposta por Hobbes.

O *Leviatã* vai cumprir várias tarefas, das quais quero destacar duas: por um lado, Hobbes quer afirmar a soberania absoluta como modelo de governo preferível a todos os outros, sem recorrer a argumentos teológicos; por outro lado, ao fazê-lo (reinterpretando o papel da lei natural) Hobbes objetiva emancipar a política da teologia mediante a afirmação da supremacia da razão. Vejamos o que isto significa.

O *Leviatã* deve ser lido como proposta de uma nova teoria de autoridade política, fundamentada de forma estritamente racional e secular, mas essa nova teoria tem um cariz absolutista, que quer claramente combater propostas políticas alternativas, nomeadamente a proposta feita por um contemporâneo seu, Henry Parker. Parker, semelhantemente a Althusius,[2] defendia que a) o homem não consegue viver

[2] Autor do início do século 17 que escreveu uma obra importante intitulada *A Política*, em 1603 e com nova edição em 1614, no qual ao contrário de Bodin o autor defende uma concepção de soberania que se assenta na divisão de poderes e numa leitura simbiótica da vida humana.

sem ser em comunidade, e por isso, com leis; b) o poder reside, em última análise, no povo, isto é, o Príncipe deriva o seu poder do povo, o que, no contexto específico do parlamentarismo inglês, significa que o povo é mais poderoso do que os seus reis, e por isso implica que a autoridade a eles designada tenha limites.[3] Para os parlamentaristas, o Parlamento – representado nas duas Casas – deve agir como se o corpo do povo agisse; na medida em que o Parlamento representa a vida do povo, teoricamente nunca pode ir contra si mesmo. De acordo com esta linha de argumentação assiste-se a uma união, ou coincidência entre o Parlamento e o reino ou povo.

Enquanto que Hobbes partilha muitas das premissas dos parlamentaristas, nomeadamente, a rejeição do direito divino, a premissa de que o estado de natureza é de igual liberdade para todos, e a convicção de que abandonar o estado de liberdade natural deve ser feito por consentimento à submissão a uma forma de governo; a conclusão por ele derivada é diferente. Assim, o *Leviatã* apresenta uma teoria contrastante do governo representativo: Hobbes redefine o papel da lei e Direito Natural e corta com a tradição medieval; Hobbes reduz a fonte de legitimidade política ao contrato social, e corta com a tradição teológica; Hobbes introduz uma teoria da representação que reforça a sua

[3] Claro que Parker, como Althusius, não queria abrir simplesmente a porta para a justificação da rebelião; porém estes autores não queriam abdicar da possibilidade e *direito* de o povo defender os seus próprios interesses. Parker afirmava que os representantes teriam o poder de agir como o povo agiria: as duas casas – dos comuns e dos lordes – deveriam ser uma imagem ou representação do reino, da nação, do povo em geral. E como fazer essa representação? Para responder a esta questão seria primeiro necessário definir como "representar" um povo que é irregular nos seus movimentos, disperso, confuso. A solução, para os parlamentaristas, encontrava-se em pensar a representação em uma escala menor, proporcional (Skinner, 2005, p. 163). Bastaria, porém, que os representantes fossem um espelho apenas dos representados? Não. Os representantes deveriam representar o povo, mais simples, mas também ter a virtude e a prudência que lhes permitiria agir em nome de todos. Esta é assim a função do Parlamento: representar os interesses do povo como um todo.

proposta da soberania absoluta. Para o nosso propósito – pensar a herança de Hobbes na Filosofia do Direito – concentrar-nos-emos na primeira e segunda partes do *Leviatã*, respetivamente sobre o homem e sobre o Estado.

A NATUREZA HUMANA

Na primeira parte Hobbes descreve a natureza humana. Parte da sua descrição baseia-se numa teoria de conhecimento inspirada pelos seus contemporâneos, sobretudo Francis Bacon. Hobbes constata que o ser humano deseja conhecer as causas das coisas; porém na maioria das vezes não consegue identificar essas causas de forma clara e precisa. Essa incapacidade leva-o a formular juízos e a reconstruir a ordem das coisas baseando-se no hábito e no costume. Isso, no entanto, gera erros, o que justifica em grande parte a constante disputa nas teorias morais. Estes erros tornam-se também manifestos pelo sentimento religioso, que Hobbes considera ser uma característica do homem, embora atribuindo a existência e/ou justificação desse sentimento mais à necessidade de encontrar uma explicação para as relações (mecânicas) entre corpos materiais do que propriamente à busca de uma causa primeira ou metafísica (1983, p. 65 et seq.).

Esta descrição é complementada com a análise das motivações do homem para agir. Hobbes diz no capítulo XI que "assinalo assim, em primeiro lugar, como tendência geral de todos os homens, um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte" (1983, p. 61). Ao contrário daqueles que postulavam uma finalidade na existência humana, de natureza transcendente, Hobbes afirma que

> [...] não existe o *finis ultimus* (fim último) nem o *summum bonum* (bem supremo) de que se fala nos livros dos antigos filósofos morais. E ao homem é impossível viver quando

> seus desejos chegam ao fim, tal como quando seus sentidos e imaginação ficam paralisados. A felicidade é um contínuo progresso do desejo, de um objeto para outro, não sendo a obtenção do primeiro outra coisa senão o caminho para conseguir o segundo (1983, p. 60).

Ou seja, o que move o homem é a busca de satisfação dos seus desejos e necessidades; porém essa busca torna-se incessante, posto que assim que o desejo é satisfeito, surge um novo desejo, e por isso, um novo desafio. O desafio prende-se não tanto pelo caráter infinito da busca, mas pelos obstáculos que o sujeito encontra nessa busca: e os maiores obstáculos são outros homens que buscam a satisfação dos mesmos desejos. É com base nesta descrição que Hobbes nega o sumo bem, postulado por Aristóteles e São Tomás de Aquino, e se inscreve numa abordagem da natureza humana essencialmente mecanicista; e postula a igualdade natural entre os homens, quer nas faculdades do corpo quer nas do espírito: todos os homens são iguais na medida em que todos partilham das mesmas capacidades para atingir os fins a que se propõem. A ausência de um sumo bem, ou de uma concepção teleológica da natureza humana confere um caráter específico a esta igualdade dos homens. A igualdade em Hobbes alimenta-se e afirma-se no/do medo recíproco e no/do permanente estado de alerta em que cada homem se obriga a estar, na medida em que vê o outro como seu potencial inimigo. Os homens são, naturalmente, competitivos, egoístas, movidos por paixões, e são também antissociais. Isso gera, segundo Hobbes, um estado de guerra de todos contra todos e esta é a condição natural do homem.

Esta experiência mental em que se imagina um hipotético "estado de natureza" permite mostrar que, sob estas condições de guerra permanente (seja atual ou potencial), não há noção de bem/mal, justiça/injustiça. Consequentemente, não há prosperidade, nem propriedade,

porque qualquer posse que o sujeito possa ter sobre um objeto é apenas temporária e está sujeita ao ataque do outro. Como sair desta condição de guerra?

Só é possível sair do estado de natureza por meio do pacto social. Esse pacto, contudo, não é baseado num instinto à associação ou na natureza política do homem, como era para Aristóteles e Locke. Hobbes é claro quando diz que o homem não tem prazer na companhia do outro (1983, p. 63); porém na condição de guerra permanente o homem reconhece, pela razão, que na ausência de um poder comum superior capaz de regular as relações entre os indivíduos a autopreservação fica hipotecada. Assim, só por meio do pacto é possível buscar e manter a paz social e política, e por intermédio dela, assegurar a preservação e segurança dos indivíduos.

DIREITO NATURAL E LEI NATURAL

No capítulo XIV do *Leviatã*, Hobbes introduz a distinção entre direito de natureza e lei de natureza, redefinindo estes conceitos. Hobbes afirma:

> Uma lei de natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la. Porque embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *jus* e *lex*, o direito e a lei, é necessário distingui-los um do outro. *Pois o direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas.* De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria (1983, p. 78, grifo nosso).

CATOLICA-BIBLIOTECA

O direito de natureza é definido pela liberdade que cada sujeito tem de usar o seu próprio poder para preservar a sua vida. Liberdade consiste na ausência de impedimentos externos, isto é, na possibilidade de realizar, ou não, uma ação. A lei da natureza, por outro lado, determina ou obriga a fazer ou não fazer alguma coisa. A partir da definição de lei natural, Hobbes vai deduzir 19 mandamentos, tais como buscar a paz, abdicar do direito a todas as coisas e transferir o poder a um soberano; obedecer ao contrato social, promover atitudes de paz, tais como gratidão, perdão, etc.

Hobbes afirma claramente que a lei natural é fundada na razão. Razão, aqui, deve ser entendida como expressão de racionalidade, que pode ser considerada instrumental, embora não se reduzindo a esta dimensão. Se o homem tem, no estado de natureza, um direito a todas as coisas – dado que não há ordem ou poder exterior que garanta os limites do direito na dimensão intersubjetiva – esse direito sublinha a condição de guerra em que todos se encontram. Os homens são movidos pelos seus desejos, motivações, instintos; mas a partir do momento em que reconhecem o perigo que o "outro" representa, chegam à primeira lei da natureza, que nada mais é do que a autopreservação. Ou seja, a afirmação da autopreservação como lei implica já um processo racional de reflexão e juízo. Embora Hobbes não ofereça uma caracterização do que constitui esta "razão" no sentido que aqui proponho, é evidente que o reconhecimento de qualquer lei "natural" constitui, por si mesmo, o resultado de um processo que a) parte do instinto, desejo e busca de satisfação de desejos; b) passa pelo confronto com o "outro" que representa o limite à satisfação do desejo; c) gera a afirmação de que tudo é válido para defender a própria vida, no contexto de confronto com o "outro". A partir destas três premissas Hobbes vai mostrar que a única forma de defender a própria vida de forma sustentável e permanente no tempo é transferir mutuamente o direito a todas as coisas – contrato –,

constituindo assim um poder comum acima de todas as partes envolvidas no processo. Como destaca o autor, "todo o contrato é uma translação ou troca mútua de direitos" (1983, p. 80).

O dever primário da lei natural é a obediência à lei positiva, daí que Hobbes consiga logicamente impossibilitar quaisquer pretextos ou razões para a rebelião em nome de uma lei mais elevada. Esta obrigação de cumprimento dos pactos constitui a justiça, isto é, reflete a lei que proíbe ações que conduzam à "destruição dos indivíduos". Por isso, concluímos que as leis da natureza "ditam a paz como meio de conservação das multidões humanas" (Hobbes, 1983, p. 93). O que de forma resumida, como Hobbes observa, pode-se traduzir na fórmula: "Faz aos outros o que gostarias que te fizessem a ti". Assim, Hobbes chega à fórmula também promovida por Bodin, núcleo duro do cristianismo, mas por uma via hipotética, construída racionalmente, sem qualquer apelo à religião ou metafísica.

Esta redefinição do conceito de lei natural permitiu que Hobbes inaugurasse um novo paradigma político, no sentido de que ao limitar os fins do governo ao campo da defesa da vida, liberdade e propriedade, a autoridade política – e soberania – é trazida para o nível da imanência. Este novo paradigma será expandido e levado as suas últimas consequências com o Iluminismo e com as ideologias burguesas do século 17, 18 e 19, que consolidam a transição de uma conceitualização clássica de lei natural para um discurso de direitos naturais modernos.

A NECESSIDADE DO PACTO: da vontade à representação

No capítulo 14 torna-se claro que só renunciando ao direito a todas as coisas é possível sair da condição de guerra. Como ressalta Hobbes,

> abandona-se um direito simplesmente renunciando a ele, ou transferindo-o para outrem. [...] O modo pelo qual um homem simplesmente renuncia, ou transfere seu direito, é uma declaração ou expressão, mediante um sinal ou sinais voluntários e suficientes, de que assim renuncia ou transfere, ou de que assim renunciou ou transferiu o mesmo àquele que o aceitou. Estes sinais podem ser apenas palavras ou apenas ações, ou então [...] tanto palavras como ações. E estes são os vínculos mediante os quais os homens ficam obrigados, vínculos que não recebem sua forma de sua própria natureza (pois nada se rompe mais facilmente do que a palavra de um homem), mas do medo de alguma má conseqüência resultante da ruptura (1983, p. 79).

A transferência de direitos acontece apenas porque cada um, individualmente, reconhece que essa é a única solução para manter a sua própria segurança e vida. O contrato consiste nesta "transferência mútua de direitos", de forma a criar um poder comum. Como afirma Hobbes:

> A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, *que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade.* Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que assim é portador de sua pessoa possa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades à vontade dele, e as suas decisões à sua decisão. *Isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens* [...] Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa chama-se *República,* em latim, *Civitas.* É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes [...] daquele *Deus mortal,* ao qual devemos, abaixo do *Deus imortal,* a nossa paz e defesa (1983, p. 105; grifos nossos).

Nesta passagem emblemática torna-se claro que o pacto permite superar o conflito permanente entre as vontades individuais, dominadas pelos desejos e paixões temporárias dos homens, criando uma vontade única. A multidão, isto é, a massa de indivíduos dispersos, adquire unidade e torna-se, por isso, sujeito. Podemos afirmar, assim, que a criação da vontade una, encarnada na República ou *Civitas*, inaugura a criação do próprio espaço político, em que a multidão se torna sujeito, e no qual o Direito Natural transforma-se em direitos recíprocos à luz da justiça. Assim, Hobbes justifica o pacto apelando ao conceito de vontade, e da transformação necessária da multidão em república para se sair do estado de guerra. É curioso notar, porém, que neste capítulo Hobbes joga com duas lógicas paralelas de justificação do pacto que culminarão na proposta de um tipo específico de soberania – por um lado, a lógica em que a soberania é justificada pela perspectiva da unificação da(s) vontade(s); por outro lado, a lógica em que a soberania é justificada pela necessidade da representação, que constitui o mecanismo pelo qual a pessoa – do soberano – se cria.

O capítulo começa com a distinção entre pessoa natural e pessoa artificial e é por meio desta distinção que Hobbes introduz o conceito de representação. Representação, em Hobbes, é o mecanismo pelo qual se consegue justificar as condições e implicações do pacto social.[4] Por outras palavras, a mesma multidão disforme e dispersa que precisara se unir para criar uma vontade aparece aqui sob um novo ângulo:

> Uma multidão de homens é transformada em uma pessoa quando é representada por um só homem ou pessoa, de maneira a que tal seja feito com o consentimento de cada

[4] Embora teóricos contemporâneos acusem Hobbes de realizar uma manobra manipuladora ao recorrer à representação política, apontando que esta manobra serve apenas para distrair os seus leitores, é certo que Hobbes vai propor um conceito de representação bem específico e delimitado, pouco ou nada tendo a ver com os conceitos que moldam as teorias democráticas contemporâneas.

> um dos que constituem essa multidão. Porque *é a unidade do representante, e não a unidade do representado, que faz que a pessoa seja una*. E é o representante o portador da pessoa, e só de uma pessoa. Esta é a única maneira como é possível entender a unidade de uma multidão (1983, p. 98; grifos nossos).

Este é o argumento que Hobbes usa contra Parker e os parlamentaristas. Como pode o "povo" ser representado antes da constituição do poder político? O povo só existe enquanto povo, enquanto unidade apta a ser representada, porque o seu representante, a pessoa fictícia e artificial e produto da transferência mútua de direitos, lhe confere unidade. Assim, o pacto de todos com todos conduz à instituição e criação de um terceiro elemento, que está fora do pacto: o soberano. Como observa Hobbes, a essência do Estado é

> uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súbditos (1983, p. 106).

O soberano é o produto e criação do pacto social; o soberano, ou Estado, é uma pessoa (artificial) – que pode ser um homem ou uma assembleia – que resultou de pactos recíprocos uns com os outros, e foi instituída como autora, de forma a poder usar a força e recursos de todos para assegurar a paz e a defesa comuns. O soberano é o representante de todos, no sentido em que está autorizado para agir em nome deles; o soberano unifica a multidão dispersa dos indivíduos e confere-lhes a unidade necessária à representação. Por outras palavras, a "multidão" só se torna sujeito (político) quando é representada pelo soberano e se transforma em "povo".

Qual o preço a pagar, porém, por esta representação? A autorização dada ao soberano, no momento do pacto, é ilimitada; embora o soberano tenha deveres – de preservação da segurança dos súditos e da paz –, eles não são deveres perante os indivíduos, mas sim perante si mesmo e em última análise, perante Deus. Esta posição invulgar – sobretudo se pensada a partir de um ponto de vista contemporâneo, no qual se pensa a representação à luz da responsabilização e até transparência – pode ser justificada pela postulação da total coincidência entre os interesses do soberano e do povo. Tendo em conta que o soberano *deseja* pelos súditos, nunca podemos afirmar que ele violou a obrigação que tem perante eles. Isto significa também que, sendo o soberano a única autoridade legítima, com plenos poderes, não há espaço no qual se possa conceber qualquer direito de rebelião, resistência ou até reiteração do próprio pacto. Como Hobbes argumenta, "os pactos sem a espada não passam de palavras" (1983, p. 108), por isso o pacto supõe um poder coercivo eficaz.

Em última análise, o conceito de representação elaborado por Hobbes é o que garante a consistência da autoridade inquestionável do soberano; porém a qualidade deste conceito deve ser percebida à luz da própria referência política e estética de "tornar presente o que está ausente", em que o "ausente" é um povo que sem o soberano simplesmente sequer existe enquanto tal; assim sendo, a representação política em Hobbes desempenha um papel sustentador do sistema, mas privado de qualquer dimensão relacional.

Neste sentido, Hobbes exclui qualquer referência a uma potencial má representação ou representação distorcida. Não há espaço para juízo de valores sobre o desempenho do soberano, nem há espaço para resgate de uma condição em que todos são iguais: os súditos são todos

iguais, na medida em que devem obediência ao soberano; mas o soberano manter-se-á o eterno desigual que, não tendo entrado no pacto, permanece no estado de natureza e se rege apenas por essas leis.[5]

Podemos antecipar como esta concepção vai ser problemática, mesmo para o próprio Hobbes. O autor quer justificar a soberania absoluta, mas fá-lo recorrendo a um princípio artificial – de representação do que está "ausente" e se quer presente – encarnado na pessoa também ela artificial: o soberano vive de acordo com as leis da natureza, na busca da autopreservação, agora entendida como corpo coletivo; e o seu poder depende da sua eficácia em manter todos os indivíduos sob uma ordem comum. Dito em outras palavras, a representação, em Hobbes, aponta para um poder soberano que passa a existir na condição da sua independência ante as vontades individuais, pois só essa consegue garantir a paz e concórdia. Como afirma Aurélio,

> [...] o interesse só existe realmente a partir do momento em que o soberano o representa, isto é, o enuncia, e dele se deduz o direito positivo. Representando o interesse nacional, a soberania ainda remete, é certo, para os indivíduos, uma vez que a nação é impossível de pensar sem eles, mas deixa, por outro lado, de se pensar como conseqüência mecânica das suas vontades, ou como seu comissário, porquanto o que ela representa, o seu correlato, é um interesse que não corresponde, nem deve corresponder, aos interesses particulares de nenhum daqueles a que se atribui (2010, p. 15).

[5] Visto por outro ângulo, os indivíduos têm um direito inalienável no estado de natureza – o direito à autopreservação –, mas num contexto em que todos têm direito a todas as coisas torna-se impossível manter um estado de paz e segurança. Este só se torna viável quando todos concordam em abdicar do seu direito a todas as coisas e transferir esse direito para o soberano, único com poder coercivo eficaz, e por isso capaz de regular as relações entre os homens. A transferência de direitos pode ser vista como reconhecimento de que o meu direito é semelhante ao direito do outro, e que só criando um poder supremo e absoluto torna-se possível resolver o conflito a que a igualdade nos conduz. Convém notar que, apesar da descrição e defesa de um soberano absoluto, que é ele mesmo regido pelas leis naturais, o direito de autopreservação que cada indivíduo tem no estado de natureza mantém-se no estado civil. Aliás, é a única razão pela qual o indivíduo pode, legitimamente, resistir ou contestar o soberano.

O modelo absolutista que se mantém à custa da cisão profunda entre individual e comum está condenado ao paradoxo na medida em que também ele depende do consentimento de todos os súditos, naquele primeiro passo de transferência mútua de direitos. Como podem os súditos, no entanto, consentir à renuncia dos seus interesses, desejos, paixões e vontades?

O soberano representa, em última análise, o que não poderia ser representado a não ser que a desigualdade fundasse esta outra lógica de justificação, na medida em que só criando a "pessoa" artificial é que se torna possível objetivar os interesses da comunidade; porém esses interesses não são reconhecidos, espelhados ou projetados nos indivíduos singulares que a compõem. O soberano, por meio da representação, cria uma unidade ideal a partir da qual se pensam – e se articulam – as questões políticas, ignorando, porém, as vontades individuais na sua dimensão irredutível e inalienável. Mesmo se limitarmos a esfera do interesse individual de cada súdito à esfera da autopreservação e paz, a proposta hobbesiana parece implicar a renegação ou abdicação de uma componente especificamente humana, a saber, a vontade. Este é, afinal, o grande paradoxo de Hobbes, que será mais tarde exposto e resolvido por autores como Locke e Espinosa.

Em última análise, Hobbes conseguiu cumprir a tarefa a que se propôs: por um lado redefinir o conceito de lei e Direito Natural, garantindo autonomia e independência da esfera política; por outro lado, promover a estabilidade de um regime absolutista, utilizando o consentimento como experiência única fundadora do contrato que se reverteria automaticamente em consentimento contínuo e permanente, erradicando qualquer possibilidade de contestação ou revolta por parte do povo.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Diogo Pires. A soberania como vontade e como representação. In: *Revista Estudos Políticos*, Rio de Janeiro, n. 0/1, p. 2-20, 2010.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

_____. *Leviathan*. Ed. by R. Tuck. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

OSTRENSKY, Eunice. Soberania e representação: Hobbes, parlamentaristas e *levelers*. In: *Lua Nova*, v. 80, p. 151-179, 2010.

SKINNER, Q. Hobbes and the purely artificial person of the state. In: *The Journal of Political Philosophy*, vol.7, n. 1, p. 1-29, 1999.

_____. From the state of princes to the person of the state. In: , Q. *Visions of politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, v. 2.

_____. Hobbes on persons, authors and representatives. In: SPRINGBORG, Patricia. *The Cambridge companion to Hobbes's Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 157-180.

_____. Hobbes on Representation. In: *European Journal of Philosophy* vol. 13:2, p. 155–184, 2005.

DIREITOS NATURAIS E CONTRATUALISMO EM LOCKE

Jaimir Conte
Marta Nunes da Costa

O CONTEXTO POLÍTICO DE LOCKE

John Locke (1632-1704) é um dos filósofos políticos mais influentes do período moderno. Para o nosso propósito concentrar-nos-emos nos *Dois Tratados sobre o Governo: o Primeiro e o Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, publicados em 1689, um ano depois da Revolução Gloriosa que conduziu ao fim do Absolutismo e à proclamação da *Bill of Rights*. Nesta obra Locke desenvolve os seus principais argumentos sobre a natureza humana, direitos naturais e justificação da autoridade política.

A Filosofia Política e a Filosofia do Direito de Locke devem ser entendidas na continuidade do seu projeto filosófico, e especialmente, da sua teoria do conhecimento. De acordo com Locke, o indivíduo é uma *tabula rasa*, que constrói o conhecimento a partir da experiência do sensível. Não há, por isso, ideias inatas, imediatamente reconhecíveis. Na mesma linha de pensamento, o poder não pode ser entendido como emanação de uma ordem superior e transcendente – de Deus – que os homens reconhecem como existente *a priori*; o poder é, também, resultado de uma construção humana.

CATÓLICA-BIBLIOTECA

O *Primeiro Tratado* consiste numa refutação detalhada aos argumentos de Robert Filmer que havia defendido na obra *Patriarcha – Ou o direito natural dos reis* (1680) o absolutismo dos reis com apelo ao direito divino. De acordo com Filmer, a monarquia absoluta podia ser defendida como escolha natural de governo na medida em que na sua base temos homens que não são "naturalmente livres". O poder político, em Filmer, nada mais seria do que a extensão natural do poder de Deus estendida ao rei por Ele escolhido.

Contra isto, Locke afirma, logo no início do *Segundo Tratado*, que o poder político consiste "no direito de fazer leis, aplicando a pena de morte, ou, por via de consequência, qualquer pena menos severa, a fim de regulamentar e de preservar a propriedade, assim como de empregar a força da comunidade para a execução de tais leis e a defesa da república contra as depredações do estrangeiro, tudo isso tendo em vista apenas o bem público" (Locke, 2001, p. 82; I, 3).[1] A partir desta definição Locke irá construir a sua proposta política, uma vez que nela estão os conceitos principais que o tornarão referência.

O ESTADO DE NATUREZA NA CONCEPÇÃO DE LOCKE

No início do segundo capítulo dos *Dois Tratados*, Locke define o estado de natureza como um estado de igualdade "[...] onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros [...] sem subordinação ou sujeição [...]" (2001, p. 83; II, 4). No hipotético estado de natureza os homens são iguais na medida em que: a) têm condições semelhantes para usufruir das vantagens oferecidas pela natureza e b) têm faculdades idênticas. Neste contexto, o

[1] Além de citarmos pelo sistema autor-data, também citaremos o capítulo e o parágrafo de acordo com a divisão original do texto de Locke.

homem é inteiramente livre para dispor de si mesmo, existindo apenas a salvaguarda de que não pode "[...] destruir a sua pessoa" (Locke, 2001, p. 84; II, 6) e deve respeitar os direitos dos outros. O estado de natureza na concepção de Locke é assim uma condição em que os indivíduos são iguais, livres e independentes, mas estão naturalmente ligados aos outros, ou seja, diferentemente de Hobbes, para quem o indivíduo no estado de natureza afirma o seu direito enquanto "poder" a todas as coisas, estando radicalmente separado dos outros, Locke assume como ponto de partida laços e vínculos morais entre os indivíduos, baseado no reconhecimento e na reciprocidade.

Consequentemente, ao contrário de Hobbes, que faz coincidir o estado de natureza com o estado de guerra, uma vez que os homens são motivados apenas pelos seus interesses egoístas e são intrinsecamente "não sociais", Locke afirma a sua radical distinção: o primeiro é um "estado de paz, boa-vontade, assistência mútua e preservação", enquanto que o segundo é um estado de "inimizade, maldade, violência e destruição mútua" (2001, p. 93; III, 19). Daqui se depreende que a sociedade é, para Locke, natural; o que o contrato fará será simplesmente formalizar esta tendência criando instituições capazes de garantir as condições essenciais e moralmente desejáveis do estado de natureza. O estado de guerra em Locke coincide com o momento em que a condição de liberdade deixa de ser garantida: sempre que alguém nos tenta escravizar, dominar ou reduzir a nossa existência a um instrumento de outro, estamos em estado de guerra. Sendo a liberdade a "base de todo o resto" (Locke, 2001, p. 91; III, 17), uma vez atacado o seu fundamento, nada resta a não ser conflito.

Convém notar também que, ao contrário de outros autores da tradição contratualista, de Hobbes a Rawls, Locke não fala simplesmente do estado de natureza como experiência mental e artifício conceitual utilizado para avançar um argumento específico – a formação do governo

civil. Locke é original no aspecto em que, segundo ele, há homens que viveram e/ou ainda vivem num estado de natureza, de onde se infere que a passagem de um estado de natureza a um estado civil aconteça segundo a forma por ele sugerida.

DIREITOS NATURAIS

Segundo Locke, todos os indivíduos têm direitos naturais, isto é, direitos que decorrem do mero fato de existirem enquanto seres humanos, independentemente de regras sociais ou contratos. Os direitos naturais são derivados de uma premissa teológica fundamental, de acordo com a qual Deus cria os seres humanos e, enquanto criador, estabelece limites na forma como devem tratar-se mutuamente. Diferentemente de Hobbes, para quem o Direito natural é o direito da natureza, o direito a todas as coisas, prévio à institucionalização da sociedade política, em Locke os direitos naturais não são apenas "direitos", no sentido de que cada um pode fazer x ou y, mas também deveres, uma vez que impõem obrigações acerca da forma de conduta que os seres humanos devem ter em relação uns aos outros.

O Direito natural impõe-se a todos e é exigido pela natureza, mas coincide com a lei natural na medida em que se dá aos homens enquanto reconhecimento da liberdade e igualdade e, simultaneamente, dos seus limites, objetivados com a presença do "outro". Assim, o Dreito natural "[...] ordena a paz e a 'conservação da humanidade', [cabendo] a cada um, neste estado, assegurar a 'execução' da lei da natureza, o que implica que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem com penas suficientes para punir as violações" (Locke, 2001, p. 85; II, 7).

Destas passagens podemos perceber como a lei da natureza manifesta-se pelo direito que todos têm de executá-la; ou seja, a lei da natureza não só afirma a liberdade e igualdade entre os homens, como também as traduz no poder efetivo e executivo que cada um tem de

preservá-las – um poder cujo exercício implica o reconhecimento do limite que a lei impõe sobre a ação humana, e que por isso não é nem arbitrário nem irrestrito.

Tanto o reconhecimento da lei quanto o reconhecimento do seu limite, assim como o reconhecimento de sua violação ou concordância com ela, são reflexos da razão. Por isso Locke afirma que transgredir a lei natural significa viver segundo leis diferentes das leis da razão e da equidade. A transgressão da lei natural por parte de qualquer indivíduo representa a violação não só dos direitos individuais do sujeito, como de toda a espécie. Assim, o Direito natural reflete-se de forma dupla: enquanto direito de punir e enquanto direito de obter reparação. É neste sentido que Locke observa:

> Pertence à vítima o poder de se apropriar dos bens ou dos serviços do ofensor, pelo direito de autopreservação, assim como todo homem tem o poder de punir o crime e evitar que ele seja novamente cometido, pelo direito que tem de proteger toda a humanidade, realizando todo ato razoável a seu alcance para atingir este objetivo (2001, p. 87; II, 11).

Todos os homens, no estado de natureza, detêm este direito fundamental de punir o violador da lei, inclusive com a morte, se tal punição for proporcional ao dano infligido. Este Direito natural – coextensivo com a lei –, no entanto, revela-se um problema na medida em que os homens julgam em causa própria, e nesse movimento a imparcialidade que é requisito da justiça fica comprometida. A instituição do governo civil corresponde "à solução adequada para as inconveniências do estado de natureza [...]" (Locke, 2001, p. 89; II, 13), inconveniências derivadas da parcialidade, da violência e dos instintos de paixão e vingança. Estas inconveniências fazem muitas vezes com que o homem reduza o estado de natureza a um estado de guerra, isto é, um estado de destruição em que a lei fundamental da natureza que visa à preservação e paz do homem, lei comum da razão, torna-se ineficaz.

Antes, porém, de abordarmos a questão da instituição do governo civil – e portanto, o contrato – convém perceber o que constitui na prática estes "direitos naturais", o que implica necessariamente confrontar um dos tópicos mais polêmicos até hoje na interpretação de Locke e que se prende com a conceitualização da relação entre liberdade e propriedade.

Liberdade e propriedade

O tema da propriedade tal como apresentado por Locke tem sido um dos aspectos mais criticados na sua teoria. Encontramos leituras incompatíveis, com base no mesmo texto: por um lado, autores como Macpherson (1962) leem Locke como o pai e protodefensor da propriedade privada (e em última análise da acumulação de capital); por outro lado, autores como Nozick (1974) interpretam Locke dentro da linha libertária e questionam o poder e a legitimidade de o Estado intervir na propriedade privada; outros, como Waldron (2002), consideram os direitos de propriedade como direitos intrínsecos ao estado de natureza; há ainda alguns que veem em Locke as sementes do socialismo moderno e do pensamento marxista (Tully, 1983). Tendo em conta que o termo de propriedade em Locke tem sentidos e conotações diferentes aos dos dias de hoje, uma vez que a sua teoria é prévia à dicotomia entre privado e público, temos de fazer um esforço de pensar em "direitos" sem que estes nos remetam para a dicotomia contemporânea entre propriedade privada e propriedade comum. Assim, para o nosso propósito iremos revisitar o argumento tal como exposto pelo autor, para que cada leitor possa tirar as suas próprias conclusões. Para tanto partimos da análise entre liberdade e propriedade.

No capítulo IV Locke define liberdade natural como independência da vontade arbitrária de outro. No estado de natureza, isso significa que nenhum homem deve se submeter "[...] a qualquer obrigação

exceto à lei da natureza" (2001, p. 95; IV, 22); no estado civil, isso significa que nenhum homem deve se submeter a qualquer lei que ele próprio não tenha consentido. Percebemos que, ao contrário de Hobbes, que define a liberdade no estado de natureza como, por um lado, um "direito a todas as coisas" e, por outro, como "não interferência" – definição que aliás está na base da concepção negativa de liberdade, formalizada por Isaiah Berlin e tornado base para o paradigma das democracias liberais – Locke define liberdade como não sujeição a uma vontade arbitrária – seja a vontade de outro homem ou de qualquer forma de governo.[2] A liberdade é o conceito nuclear a partir do qual se desenvolve a individualidade, enquanto expressão de autonomia. Liberdade reflete o poder intrínseco que cada homem tem de dispor de si e das coisas – dentro dos limites da razão, isto é, da lei natural.[3]

Locke começa o capítulo V com duas proposições que são estabelecidas no primeiro tratado: a primeira, que descreve que a Escritura revela que o mundo é "dado" à humanidade em comum; a segunda, que destaca que a razão comum ensina que os homens têm um direito a tudo o que a natureza lhes dá, para a sua subsistência. Isto gera uma aporia, ou dificuldade: como pensar a *particularização* do comum (e não, ao contrário do que muitos afirmam, resolver o problema da *distribuição* da propriedade comum).[4]

---

[2] Esta concepção de liberdade como não dominação está na base do republicanismo como defendido por Philip Pettit (1997).

[3] A escravidão, por isso, aparece como estado de guerra continuado, na medida em que a liberdade, ao ser a base do indivíduo, implica que "ninguém [possa] conceder mais poder do que ele próprio tem" (Locke, 2001, p. 95; IV, 23), ou seja, ninguém pode dar o poder a outro de dispor da sua própria vida.

[4] Locke começa afirmando que "Deus, que deu o mundo aos homens em comum, deu-lhes também a razão, para que se servissem dele para o maior benefício de sua vida e de suas conveniências" (2001, p. 96; V, 26). Considerando que a todos os homens têm direito a sua preservação, isso implica que todos os homens têm direito aos meios disponibilizados pela natureza para a sua subsistência e conforto. A terra como um todo,

Estes dois direitos – de preservação e de meios de subsistência – são descobertos pela razão natural, o que significa que derivam da lei natural. Neste contexto, a propriedade em Locke tem uma finalidade específica: garantir o *uso* das coisas em nome da vida ou da subsistência. Será, todavia que, a partir da premissa de que todos os homens têm um direito natural ao "mundo", podemos inferir que o mundo pertence a todos de igual forma?

Como mencionamos anteriormente, Locke não considera o que hoje tomamos como debate óbvio sobre distribuição ou pré-distribuição da terra e dos recursos naturais. Acima de tudo, ele propõe uma interpretação da natureza da propriedade em que esta cumpre uma função social específica: a da preservação da humanidade. A propriedade, por isso, nunca pode ser considerada independentemente desta função. Assim, a propriedade introduzida com a instituição do estado civil não é a propriedade privada, como hoje a concebemos. Uma das razões pela qual Locke influenciou o socialismo moderno encontra-se na forma como o autor associa propriedade aos conceitos de uso e trabalho. Antecipando o que poderia ser considerado até pré-marxista, *avant la lettre*, Locke argumenta no parágrafo 27 que

> [...] cada um guarda a propriedade de sua pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, *mistura nisso o seu trabalho* e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho, *adiciona-lhe algo que exclui o direito comum dos outros homens* (2001, p. 98; V, 27, grifo nosso).

porém, pertence "[à] humanidade em comum [...] e ninguém possui originalmente o domínio privado de uma parte qualquer, excluindo o resto da humanidade, quando estes bens se apresentam em seu estado natural [...]" (2001, p. 96; V, 26).

O trabalho é o elemento diferenciador entre bem comum e bem próprio; é pelo trabalho que o homem se apropria da natureza, transformando-a e ganhando um direito sobre ela (Locke, 2001, p. 101; V, 32). Com efeito, "[...] a lei original da natureza, que autoriza o início da apropriação dos bens antes comuns, permanece sempre em vigor [...]" (Locke, 2001, p. 100; V, 30). Essa apropriação, no entanto, só é válida e legítima desde que os homens façam uso racional dela, dado que subjacente ao raciocínio está a premissa de que Deus não criou nada no mundo para que este fosse desperdiçado ou destruído, nem para que fosse reduzido a mero meio para alcançar fins egoístas e movido pela ambição desmedida dos indivíduos. O trabalho não só é condição necessária para cumprir os deveres impostos pela lei natural, como também introduz o critério do limite da apropriação. O problema, para Locke, não é saber se todos podem (ou conseguem fisicamente ou por astúcia) apropriar-se de grandes quantidades de terra e garantir o seu domínio privado – desde que essa apropriação não prejudique a humanidade Locke não se oporia a uma tendência inicial de acumulação. Pelos princípios do autor, porém, esta possibilidade de acumulação fica comprometida, uma vez que "[...] cada homem deve ter tanto quanto pode utilizar [...]" (2001, p. 103; V, 36); a utilização é condição de permanência dessa propriedade/direito sobre as coisas, e portanto, seu limite.[5]

[5] A dificuldade, porém, surge com a invenção do dinheiro. Se o trabalho que introduz a diferença de valor (Locke, 2001, p. 106-107, V, 40, 42), o dinheiro, por sua vez, criou a oportunidade de aumentar as posses individuais (2001, p. 110; V, 48). Apesar de Locke estar consciente do potencial de acumulação trazido pelo dinheiro, acreditava que a instituição e manutenção do governo civil teria de respeitar os direitos naturais, logo, a igualdade teria de ser salvaguardada – podemos imaginar como isso implicaria, pós-Revolução Industrial, regular a propriedade privada, mas esse tema será desenvolvido por autores do século 19 até a contemporaneidade.

A NECESSIDADE DO CONTRATO E A INSTITUIÇÃO DO GOVERNO CIVIL

Locke descreve o estado de natureza como um estado de igualdade entre os homens, igualdade esta que deve ser entendida como cada homem pode dispor da sua liberdade natural sem estar sujeito à dominação de outrem. A lei, como vimos, não deve ser vista como constrangimento ou limite à liberdade do homem; pelo contrário, a lei define a direção que a liberdade de cada um deve tomar; o seu objetivo é, por isso, ampliar a liberdade e não limitá-la, afinal, "[...] onde não há lei, não há liberdade" (Locke, 2001, p. 115; VI, 57).[6]

A definição e núcleo duro do conceito de liberdade permanece constante quer no estado de natureza, quer no estado civil. Isso significa, por exemplo, que o pacto descrito por Hobbes violaria a lei natural proposta por Locke, uma vez que esta supõe a afirmação da vontade individual como vontade autônoma, dentro dos deveres que cada um tem de se preservar a si mesmo e à humanidade. Em outras palavras, mesmo vivendo numa comunidade política, cada indivíduo não pode alienar aquilo que lhe é intrínseco: a sua vontade, ou seja, a sua faculdade de agir de forma autônoma, segundo a razão (Locke, 2001, p. 119; VI, 63).[7]

O governo civil só se torna necessário a partir do momento em que as leis da razão, que regulam o estado de natureza, deixam de ser cumpridas e por isso, quando a lei natural concede o direito de guerra ao homem que sofre um dano (Locke, 2001, p. 93; III, 20). Este passo da institucionalização da comunidade política, no entanto, não é o

[6] Mais uma vez liberdade deve ser entendida no sentido republicano de não dominação, isto é, de não sujeição à vontade arbitrária.

[7] Lembremo-nos que em Hobbes assistimos a uma transferência mútua das vontades individuais, transferência esta que leva à criação do soberano, representante da vontade do "povo" que é igualmente criado no ato do pacto.

reflexo de uma concepção meramente negativa do ser humano, como em Hobbes, em que os indivíduos são naturalmente egoístas, movidos por interesses particulares e radicalmente não sociais. A instauração de uma sociedade política é uma consequência lógica da natureza social do ser humano. Embora implique a renúncia do poder natural de cada um dos seus membros, não implica porém a sua suspensão ou inexistência; com efeito, a constituição da sociedade política corresponde ao momento em que os homens abdicam do seu direito de julgar e punir particularmente e aceitam um *poder comum* com autoridade para decidir e punir os transgressores da lei (Locke, 2001, p. 132-133; VII, 87). Ao contrário de Hobbes, cujo pacto implicava a transmutação das vontades individuais, na medida em que estas passariam a estar incondicionalmente submissas ao soberano, os indivíduos em Locke mantêm a sua liberdade e autonomia, agora num horizonte comum, no qual a justiça é garantida (por princípio). Como observa o autor, "os homens passam assim do estado de natureza para aquele da comunidade civil, instituindo um juiz na terra com autoridade para dirimir todas as controvérsias e reparar as injúrias que possam ocorrer a qualquer membro da sociedade civil [...]" (2001, p. 134; VII, 89).

Note-se que o único direito a que os indivíduos renunciam ao viver em comunidade política é o direito de fazer justiça por eles mesmos. Todos os outros direitos naturais – como o direito à vida e o direito à propriedade – mantêm-se intactos e a sociedade civil tem o dever primordial de preservá-los. Isto significa que nem todas as formas de governo se ajustam, de fato, às leis da natureza. A monarquia absoluta é claramente o exemplo da violação dos três princípios reguladores do edifício de Locke, nomeadamente, os princípios de igualdade, liberdade e independência: do primeiro, porque o soberano se mantém no estado de natureza e não se sujeita às mesmas leis dos súditos, mesmo que por ele feitas, logo, o soberano é o eterno desigual; do segundo e terceiro, porque ao supor que a soberania é una, indivisível e perpétua (tal como

CATOLICA-BIBLIOTECA

era definida por Bodin e Hobbes), a existência de um monarca absoluto inscreve a política na esfera da dominação, dado que a sua vontade corre o risco de ser arbitrária.[8] A existência de um monarca absoluto inviabiliza a possibilidade de recurso a um poder superior capaz de julgar com autoridade, sem injustiça ou sem parcialidade (Locke, 2001, p. 135; VII, 91).

Assim, torna-se claro que os direitos naturais devem ser mantidos na ordem política, e por isso é essencial que esta se construa apoiando-se no consentimento dos seus membros, pois só este será capaz de não violar nenhum deles. Como argumenta Locke:

> Se todos os homens são [...] livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade. [...] Quando qualquer número de homens decide constituir uma comunidade ou um governo, isto os associa e eles formam um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante (2001, p. 139; VIII, 95).

Pelo consentimento cada indivíduo preserva a sua liberdade e reconhece a legitimidade da autoridade política, pelo vínculo constituinte que tem com ela. O princípio da maioria apresenta-se aqui como regra para tomada de decisão, e como única expressão possível do consentimento: afinal, se as decisões fossem tomadas por outra regra (deliberação e busca de consenso, por exemplo), depressa o corpo unido se dissolveria dada a pluralidade das vontades individuais. Assim, o consentimento – tácito ou explícito – é aquilo que simultaneamente confere legitimidade política à comunidade civil e, por outro lado, garante a confiança dos indivíduos no próprio sistema.

[8] É neste sentido que Locke afirma "[...] a monarquia absoluta [...] é na verdade inconsistente com a sociedade civil [...] em todo lugar em que há pessoas que não têm a possibilidade de apelar a uma autoridade e decidir qualquer diferença entre eles, essas pessoas ainda estão no estado de natureza. Tal é também a condição do príncipe absoluto, diante daqueles que estão sob sua dominação" (2001, p. 135; VII, 90).

Nesse contexto, o que constitui o consentimento tácito e até que ponto os indivíduos estão vinculados com o governo, se não manifestaram o seu consentimento explícito? A isto Locke responde:

> Qualquer homem que tenha qualquer posse ou desfrute de qualquer parte dos domínios de qualquer governo, manifesta assim seu consentimento tácito e, enquanto permanecer nesta situação, é obrigado a obedecer às leis daquele governo como todos os outros que lhe estão submetidos [...] (2001, p. 153; VIII, 119).

Os indivíduos devem obediência ao governo enquanto tiverem propriedade e usufruírem a terra; a partir do momento em que abandonam, doam ou vendem a terra, recuperam a liberdade "de partir e se incorporar a qualquer outra comunidade social" (Locke, 2001, p. 154; VIII, 121), desde que o vínculo que mantenham com a comunidade seja tácito; no caso do consentimento explícito o vínculo entre o indivíduo e a comunidade é perpétuo – o indivíduo só ficaria desobrigado perante a comunidade em caso de calamidade que produzisse a dissolução do próprio governo (Locke, 2001, p. 154; VIII, 121). O que constituiria tal calamidade?

Tendo em conta que os indivíduos só entram em sociedade para "desfrutar da sua propriedade pacificamente e sem riscos" (Locke, 2001, p. 162; XI, 134) e que o objetivo do governo é a preservação da propriedade, torna-se claro que a partir do momento em que o governo não consegue mais assegurar esta preservação, encontramo-nos num

estado possível de calamidade. Dado que "a propriedade do homem só está absolutamente segura se houver leis boas e justas que estabeleçam os limites entre ela e aquelas de seus vizinhos [...]" (Locke, 2001, p. 167; XI, 138), Locke sugere uma forma de governo em que os poderes são separados e delimitados, e o poder Legislativo é o poder supremo, traduzindo a relação entre indivíduos – enquanto poder constituinte encarnado na maioria – e poder constituído.

SOBERANIA POPULAR E O DIREITO DE RESISTÊNCIA

Locke é indubitavelmente o autor que transformou o conceito de soberania, transferindo-a da pessoa do soberano para o povo. O governo, em Locke, deixa de ser a expressão de uma soberania una e indivisível encarnada no monarca absoluto e passa a ser um instrumento a serviço do soberano legítimo, que é o povo. Como refere o autor:

> A comunidade permanece perpetuamente investida do poder supremo de se salvaguardar contra as tentativas e as intenções de quem quer que seja, mesmo aquelas de seus próprios legisladores, sempre que eles forem tão tolos ou tão perversos para preparar e desenvolver projetos contra as liberdades e as propriedades dos súditos. Nenhum homem, nenhuma sociedade humana, tem o poder de abandonar sua preservação, e consequentemente os meios de garanti-la, à vontade absoluta de um terceiro e a sua dominação arbitrária; e sempre que algum indivíduo pretender reduzi-los a uma condição de escravidão, devem ter o direito de preservar este bem inalienável e de se livrarem daquele que invade esta lei fundamental, sagrada e inalterável de autopreservação, que foi a causa de sua associação. Partindo-se deste princípio, pode-se dizer que a comunidade tem sempre o poder supremo, mas contanto que não seja considerada submissa a qualquer forma de governo, porque o povo jamais pode exercer este poder antes do governo ser dissolvido (2001, p. 173-174; XIII, 149).

A partir do momento em que o governo instituído viola a sua finalidade, o povo soberano recupera o poder constituinte, mas em que condições isto acontece? Locke esclarece que para que esse poder seja novamente exercido, é preciso que o governo seja dissolvido antes. Isto levanta a questão do direito de resistência e rebelião e de identificar as condições sob as quais este direito pode, efetivamente, ser exercido.

Ao contrário de Hobbes, em que há uma transferência das vontades individuais para o soberano, o que lhes retira a capacidade (e direito) de rebelião, em Locke os indivíduos permanecem dotados dos seus direitos naturais: igualdade, liberdade e independência. A partir do momento em que o governo viole qualquer destes direitos, aja de forma arbitrária ou não respeite a vontade da maioria, o povo recupera, pelo menos formalmente, o direito a refazer o pacto. Locke é claro quando afirma que "onde termina a lei começa a tirania" (2001, p. 207; XVIII, 202). O autor considera, no entanto, que mesmo sob tirania, só sob condições muito específicas é que o povo recupera, de fato, seu direito. Afinal, quem julga a injustiça cometida pelo soberano? Se aceitarmos que todas as violações geram automaticamente o direito de rebelião ou resistência, então cairíamos em anarquia e confusão, e seria impossível preservar a paz. Por isso, "não se deve opor a força senão à força injusta e ilegal; quem quer que resista em qualquer outra circunstância atrai para si uma condenação justa, tanto de Deus quanto dos homens, e em conseqüência só virão perigos e tumultos [...]" (Locke, 2001, p. 209; XVIII, 204).

A força só é legítima quando todos os outros meios falham, isto é, quando o dano não pode ser reparado por recurso à lei e à justiça, pois "nada justifica a força hostil, exceto quando é negado a alguém o recurso legal" (Locke, 2001, p. 210; XVIII, 207). Se alguém recorre à força ilegalmente coloca-se em estado de guerra, e com isso cessam todos os seus direitos (Locke, 2001, p. 225; XIX, 232).

Levando em conta que só a maioria do povo poderia ser considerada como juiz e árbitro numa situação de flagrante injustiça por parte do governo, e considerando também que o povo, tendo habilitado o Legislativo com um poder supremo, ele só poderá reaver o seu direito quando o governo deixar de existir. Em outras palavras, Locke parece condenar, de início, quaisquer tentativas de rebelião e resistência, pois por definição estas seriam contrapostas ao ideal de justiça que a comunidade política – representada no Legislativo – simboliza. Se a rebelião, porém, causar a derrocada do governo e gerar com isso a constituição de um novo governo, a rebelião deixaria de ser condenável porque coincidiria com o próprio poder constituinte. Resumindo: toda a rebelião é injusta a não ser que seja vitoriosa e crie um novo ciclo.

REFERÊNCIAS

DUNN, John. *The Political Thought of John Locke*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos:* ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001.

MACPHERSON, C. B. *The Political Theory of Possessive Individualism* – Hobbes to Locke. Oxford: Oxford University Press, 1962.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.

PETTIT, Philip. *Republicanism*. A Theory of Freedom and Government. Oxford: Clarendon Press, 1997.

TULLY, James. *A Discourse on Property* – John Locke and his adversaries. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

WALDRON, Jeremy. *God, Locke and Equality:* Christian Foundations in Locke's Political Thought. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

DIREITO NATURAL E LIBERDADE EM ROUSSEAU

Cesar Augusto Ramos

Estudiosos da Filosofia política moderna tentaram mostrar que a questão da liberdade não se esgota na forma hegemônica de pensar a política segundo o paradigma jurídico do liberalismo. A liberdade negativa do liberalismo, definida como a esfera do livre agir do indivíduo pela ausência de impedimentos externos indevidos, pressupõe um espaço de não ingerência, de ausência de impedimentos ou de obstáculos (por isso ela é chamada de negativa) para o exercício de ações que os indivíduos deliberadamente desejam realizar. Essa liberdade orienta-se pelo paradigma jurídico dos direitos individuais e pela cidadania como um valor instrumental para a defesa desses direitos. Desde o início, com John Locke, o liberalismo clássico procurou avaliar e julgar a legitimidade e a extensão do poder da sociedade política, vinculando a sua finalidade à questão do alcance da ação livre dos homens diante desse poder com a finalidade de responder à questão: Até onde somos governados? Os indivíduos serão livres se eles forem sujeitos das suas escolhas e das suas decisões, definidas e decididas num campo não arbitrário de interferência.

O resgate da tradição do republicanismo, e com ela a adoção de outra concepção de liberdade, significou a possibilidade de compreendê-la como fenômeno político diante da insatisfação e insuficiências do

modelo jurídico liberal da liberdade negativa.[1] Diante das insuficiências da concepção liberal, o republicanismo busca uma compreensão mais ampla da liberdade por meio de uma fundamentação política que procura proteger os sujeitos diante do fenômeno da dominação, razão pela qual ele se aproxima do conceito de liberdade positiva na classificação de Isaiah Berlin. No sentido positivo, a liberdade é compreendida como a capacidade de autodeterminação do indivíduo por meio da autonomia da vontade e significa o desejo do indivíduo de ser senhor de si próprio e de sua atividade. Ela é positiva porque indica a presença de algo (a vontade autônoma) para que o indivíduo possa seguir seus desejos ou suas preferências racionais sobre como ele deve, livremente, viver, e diz respeito à presença da faculdade de volição que decide (a vontade autônoma), mediante a qual o indivíduo age e escolhe sempre de acordo com as preferências racionais sobre como ele deve, livremente, viver. A concepção positiva ocupa-se com a questão: Quem é o senhor das nossas decisões? Quem deseja ser o nosso mestre? Nesse sentido, liberdade significa o desejo de o indivíduo ser senhor de si próprio e da sua atividade.

A concepção positiva de liberdade é de inspiração rousseauniana, pois opera com o princípio da autonomia da vontade, o qual será aprofundado na Filosofia kantiana. De um modo geral, a liberdade para

[1] Pocock interpreta a história da Filosofia Política (1500/1800) associada a dois modelos vinculados entre si. Um deles é escrito em termos quase exclusivamente jurídicos, e toma a forma do receituário do advento progressivo do liberalismo. Certos autores, como Maquiavel, estimularam a reflexão para um outro modelo interpretativo da Filosofia Política moderna, o chamado republicanismo, sobretudo no que diz respeito à questão da liberdade. Esse outro modelo, diz Pocock, não opõe a liberdade positiva dos antigos à liberdade negativa dos modernos, mas duas concepções modernas de liberdade: a concepção liberal e a concepção republicana. Outros historiadores da Filosofia Política moderna (Q. Skinner, P. Pettit, M. Viroli, J. Maynor, F-J Spitz, N. Bignotto) dão continuidade ao exame dessa tradição: de inspiração clássica e presente no chamado humanismo cívico que remonta ao ideal aristotélico do homem como animal político e à *res publica* romana, ela ressurge na modernidade com destaque a Maquiavel, e depois com Rousseau (cf. Pocock, 1975).

Rousseau é compreendida como um atributo do ser humano para seguir os preceitos ditados pela sua vontade. Ela é, então, definida como "obediência à lei que se estatui a si mesma" (Rousseau, 1978, p. 37), caracterizando a prerrogativa humana à autodeterminação como um direito que cada um possui de dar a si mesmo uma lei e obedecê-la de acordo com os ditames da consciência do indivíduo. Esse caráter autorreferencial da liberdade – livre é aquele que obedece uma lei oriunda da própria vontade do sujeito – define-se como autonomia da vontade, e constitui a própria essência do homem, pois "renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem" (Rousseau, 1978, p. 27). É preciso entender essa autonomia, contudo, de duas formas: segundo a independência de um ser limitado a si mesmo e em harmonia com as leis da natureza, e segundo a liberdade de um ser social que está referido aos outros segundo as leis do Direito.

Esse segundo sentido da autonomia se diferencia e até se opõe de uma forma não racional e primitiva de autonomia, e que pode ser qualificada como independência. Como o próprio autor adverte, "é inútil querer confundir a independência e a liberdade. Estas duas coisas são tão diferentes que até mesmo se excluem mutuamente" (Rousseau, 2006, p. 371). O homem independente vive na total referência aos ditames da sua natureza, os quais regem o seu comportamento de forma imediata determinando o seu agir de acordo com os seus próprios impulsos e interesses, e a satisfação das suas necessidades depende inteiramente do emprego de suas próprias forças.

No discurso sobre *Origem da Desigualdade entre os Homens*, Rousseau emprega a noção de lei natural como um direito (subjetivo) que o indivíduo possui à conservação de si mesmo e à preservação da sua independência (liberdade) natural. Tal lei determina que cada indivíduo, no uso de suas próprias capacidades, seja autossuficiente na preservação de si próprio. Rousseau caracteriza o homem natural como um

ser sensível que leva uma existência isolada e solitária, ocupado apenas consigo mesmo (*amour de soi même*), na busca da autopreservação. Ele obedece à natureza por impulso natural sem interferência da razão. A lei natural não é racional, mas uma inclinação instintiva que não se reduz ao determinismo da natureza. O animal age por puro instinto, o homem por um ato de independência natural.

O homem primitivo também se diferencia do animal pela faculdade da perfectibilidade. É o próprio progresso, o desenvolvimento da naturalidade que impõe uma transformação, uma progressiva "desnaturação" (*dépravation*) desse estado originário. A sociabilidade faz nascer um outro sentimento, o amor próprio (*amour propre*) que envolve os homens no egoísmo e na cobiça. Dotado agora de razão e linguagem, o homem social desenvolve, para além da medida estrita das suas carências vitais, necessidades baseadas na vaidade e na ostentação. A prática social comum é a subordinação da vontade ao domínio de outrem, com o poder econômico sendo aquele que acaba sujeitando os mais fracos. O sentimento imediato de piedade e bondade natural dá lugar à justiça calculista e egoísta. É a partir da necessidade social do mútuo reconhecimento que se instaura uma relação de desigualdade, em que alguém é submetido ao poder do outro.

> O homem, de livre e independente que antes era, devido a uma multidão de novas necessidades passou a estar sujeito, por assim dizer, a toda a natureza e, sobretudo, a seus semelhantes dos quais num certo sentido se torna escravo, mesmo quando se torna senhor: rico, tem necessidade de seus serviços; pobre, precisa de seu socorro, e a mediocridade não o coloca em situação de viver sem eles (Rousseau, 1973, p. 267).

Assim, o mais poderoso faz da sua condição "uma espécie de direito ao bem alheio", e a sociedade coloca-se no mais "tremendo estado de guerra", de usurpação e de servidão. Em sociedade e com

o desenvolvimento da racionalidade e da linguagem a independência natural não é mais viável. A sociabilidade ocupa o lugar do isolamento do bom selvagem e os homens criam relações de mútua dependência.

Se a sociabilidade é um fato inevitável – e com ela a dependência –, e uma vez que os homens trocaram a autossuficiência natural pelas vantagens da sociedade, é preciso imaginar e propor a possibilidade teórica de um terceiro estado (civil, político) que possa resguardar tanto a liberdade quanto os interesses individuais e as vantagens sociais da propriedade. A autossuficiência ingênua e limitada do homem natural transforma-se, por um contrato entre os indivíduos, em autonomia, adquirindo, assim, a liberdade individual um significado moral. Somente agora a independência pode propriamente ser qualificada de liberdade, isto é, como um atributo de uma vontade autônoma na referência a outras vontades.

No estado de natureza a liberdade tem a conotação da "independência", isto é, como autossuficiência de um ser em relação às suas necessidades, pois não está obrigado a nada, e age segundo o critério da autossuficiência. Mesmo distinguindo dois tipos de dependência – dependência às coisas e dependência a outro ser humano – é esta última forma que importa a Rousseau, na medida em que o filósofo assume o pressuposto antropológico de que cada ser humano está apto a satisfazer as suas necessidades sem o concurso de outros seres humanos. Quando, no entanto, a satisfação das nossas necessidades vincula-se a certas circunstâncias históricas e sociais (como a divisão do trabalho), a dependência não é mais natural e traduz diversas formas de escravidão.

O legado do *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens* na caracterização do estado de natureza serve como contraponto, como recurso metodológico para mostrar que a essência do homem, a princípio marcada pela independência enquanto atributo (direito) do sujeito na referência a si mesmo, se constrói e se desenvolve por um processo "his-

CATOLICA-BIBLIOTECA

tórico". Esse processo revela a transformação sucessiva da capacidade de perfectibilidade da natureza humana na transformação do bom selvagem em *citoyen*. A *societas civilis* surge como algo inevitável, uma necessidade social consequência do processo de perfectibilidade do homem. Ela, porém, é instituída pelo contrato, isto é, por um ato político referido à vontade dos indivíduos, devendo preservar a liberdade de cada um, uma vez que a interdependência entre os homens foi irrevogavelmente incorporada na sociabilidade humana.

> O conceito de liberdade de Rousseau não pode, então, ser definido simplesmente na correspondência entre a vontade do indivíduo e as suas necessidades. Tal definição equipara liberdade com uma bem-sucedida tradução da vontade na ação, e assim fazendo, ela omite uma característica central da liberdade, uma característica que faz da liberdade, para Rousseau, um fenômeno inerentemente moral, ou seja, que a liberdade (bem como o seu oposto) sempre se refere à relação entre uma vontade e outra: não ser livre é obedecer uma vontade estranha, e a liberdade é sempre ser livre da vontade de outrem (Neuhouser, 2000, p. 69).

Em que condições é possível essa liberdade? A sua conquista não consiste no regresso à natureza ou no retorno saudosista ao bom selvagem. É preciso encontrar um tipo de associação humana, uma ordem civil que seja a expressão dessa liberdade, isto é, uma forma de vontade coletiva ou geral e que seja, ao mesmo tempo, a expressão e a condição para a autonomia da vontade de cada um. O *Contrato social* vai propor a possibilidade desta autonomia como forma de compensar a inevitável desigualdade social com a conquista da liberdade política. O único caminho para preservar a liberdade e assegurar o interesse pessoal é a associação política dos homens, uma ordem civil fundada na vontade geral e que seja, ao mesmo tempo, a expressão e a condição para a liberdade individual. Trata-se, portanto, para Rousseau, de

> encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece (1978, p. 32).

Essa forma de associação deve expressar a própria vontade individual coletivamente associada (vontade geral), embora não se reduza ao interesse da vontade particular, e nem a sua somatória (vontade de todos). A obediência à lei da vontade geral que o sujeito consentiu não é outra coisa senão a obediência à própria vontade do sujeito. Realiza-se, assim, no campo da política, o conceito rousseauniano de liberdade como "obediência à lei que se estatui a si mesma." Se a liberdade consiste em não estar sujeito à vontade de outrem, obedecendo apenas à própria vontade de alguém, a dependência representa uma ameaça a esse ideal, pois ela envolve uma relação de dominação explícita ou velada, que se traduz em estar de acordo com desejos e valores de outrem contra a própria vontade.

A questão da obediência é relevante para o filósofo, pois ela denota o grau de dependência a uma vontade alheia, estranha à do próprio indivíduo, estabelecendo, assim, uma relação de domínio. Nas *Cartas escritas da montanha* Rousseau ressalta este aspecto, afirmando que "a liberdade consiste menos em fazer sua vontade do que em não ser submetido à vontade de outrem; ela consiste ainda em não submeter a vontade de outro à nossa" (2006, p. 371). A obediência para ser legítima deve preservar a autonomia do indivíduo. A fórmula rousseauniana "cada um dando-se a todos não se dá a ninguém" (Rousseau, 2006, p. 33) anula a alienação ou a submissão da vontade livre: mantém-se a liberdade e, ao mesmo tempo, se constitui um "corpo político". A obediência

à lei que emana da vontade geral é compatível com a liberdade, porque ela é a expressão pública (política) da vontade do indivíduo, enquanto *citoyen*, isto é, enquanto "partícipe da autoridade soberana".

Se, para Hobbes, a política se reduz à questão da mútua relação entre proteção e obediência, para Rousseau ela consiste na conciliação entre obediência e liberdade: "a essência do corpo político reside no acordo entre a obediência e a liberdade, e as palavras *súdito* e *soberano* são correlações idênticas cuja idéia se reúne numa única palavra – cidadão" (2006, p. 105). O indivíduo só permanece livre e, ao mesmo tempo, protegido no seio do Estado se ele não se submeter a uma vontade estranha.

A potência do soberano não se exerce por um poder estranho ao súdito. Essa correlação entre súdito e soberano só é possível numa esfera pública, política, da qual emerge uma nova identidade, a do *citoyen*, que dá pleno significado à *civitas* e aos direitos individuais. É nesse sentido que há uma "metamorfose" – na expressão de Derathé – ao chamado Direito Natural individual.

> Rousseau não renunciou ao direito natural. Todos os seus esforços tendem, ao contrário, a mostrar que o direito natural existe no estado de natureza e que ele subsiste na sociedade civil. Mas, enquanto seus predecessores fazem do direito natural uma noção única e admitem que o direito de natureza e o da razão são apenas um, Rousseau é levado a fazer uma distinção entre o direito natural primitivo, anterior à razão, e o direito natural restabelecido pela razão. Passando do estado civil, o direito natural sofre a mesma metamorfose que o homem, ao qual se aplica. No estado de natureza ele era apenas instinto e limitado, no estado civil torna-se justiça e razão (Derathé, 1974, p. 168).

A concepção de liberdade como autorrefencialidade da vontade, como qualidade espiritual do homem que o capacita à livre escolha, essa liberdade do querer, vista como autonomia da vontade, é decisiva na concepção da Filosofia política de Rousseau e atravessa toda a sua obra.

Essa liberdade alcança a dimensão racional, social e política apenas na *societas civilis*, na qual se deve conciliar o aspecto da liberdade individual, ou seja, a autonomia da vontade, com o interesse geral – a vontade geral.

Neuhouser observa, assim, que

> duas condições independentes, uma subjetiva e outra objetiva, devem ser reunidas para que os indivíduos atualizem uma completa liberdade política: (1) as leis que governam os cidadãos devem ser objetivamente liberadoras – elas devem efetivamente mitigar as conseqüências danosas da liberdade na dependência a outros indivíduos; e (2) os cidadãos devem se colocar numa adequada relação subjetiva para com as leis que os governam – isto é, os princípios que informam as leis devem ser conscientemente abraçados pelos cidadãos como deles mesmos (2000, p. 81).

No estado de natureza a liberdade é vista mais como "independência", isto é, como a autonomia de um ser que não está obrigado a nada, e age segundo a critério da autossuficiência e autorreferência radical do indivíduo. Se o pressuposto individualista autorreferente da independência está manifesto na doutrina rousseauniana do "bom selvagem," a liberdade adquire um estatuto político mais elaborado no seu conceito como autonomia da vontade ao se articular com o sentido comunitário da vida humana, e que se exprime pela noção forte de uma vontade geral, não obstante as consequências e as derivações comunitárias e democráticas que essa vontade suscita no uso político deste conceito de liberdade no contrato social.

A compreensão da liberdade em Rousseau como Direito Natural desloca-se, de forma acentuada, do seu solo natural. Se a liberdade caracteriza a essência do homem como direito que cada indivíduo possui, este direito é individual no sentido da subjetivação da lei universal da liberdade como autonomia do sujeito: direito à autodeterminação que cada um possui de dar a si mesmo uma lei e de obedecê-la de acordo

com os ditames da consciência. Esse direito não se reduz à lei natural da autoconservação da vida ou de um sujeito proprietário, mas ainda não se explica por si só, na referência absoluta à "ideia" de liberdade. Esse passo será dado por Kant, no qual a concepção rousseauniana da autonomia da vontade encontra uma formulação radical. Ao elevar a liberdade à dimensão da pura autorreferência, o idealismo político kantiano dá um passo decisivo no processo de desnaturalização da liberdade como Direito Natural, compreendendo a autonomia como um fato autotélico da razão. A concepção kantiana de liberdade é definida pelo elemento não empírico da transcendentalidade, e serve de base para as ações no campo da Filosofia prática. Do ponto de vista da liberdade como ideia transcendental da razão, a liberdade é um conceito puro que independe de qualquer elemento empírico.

O conceito de *liberdade* é um conceito puro da razão (...). É, portanto, um conceito tal que dele não se pode dar nenhum exemplo adequado na experiência possível qualquer, e que só teria valor a título de princípio não constitutivo, mas apenas regulador e, em verdade, simplesmente negativo da razão especulativa (Kant, 1979, p. 95).

> O conceito da liberdade só pode ser deduzido pela lei prática da razão como um fato que dela decorre. De inspiração rousseauniana, esse conceito adquire um receituário cada vez mais elaborado e preciso em torno da ideia de não dominação na teoria política do republicanismo. Os homens são livres na medida em que eles não se encontram sob o domínio de outrem, manifestando, assim, a ausência de condições ou fatores que prejudicam a capacidade de ação.

A dominação significa viver à mercê de outrem e de vivenciar tal experiência como dependência real ou potencial em virtude do grau de vulnerabilidade que alguém tem em relação a outrem por estar submetido ao seu poder. Um agente, pessoal ou coletivo, domina um outro se ele tem sobre este outro um poder arbitrário (real ou potencial) de interferência. Uma pessoa só é livre quando inexiste esse poder. "Ser não livre é estar sujeito ao domínio arbitrário: ser sujeito à vontade potencialmente caprichosa ou ao julgamento potencialmente idiossincrático de outro. Liberdade envolve emancipação de toda subordinação, liberação de toda dependência" (Pettit, 1999, p. 5).[2]

A liberdade que define a nossa natureza como seres humanos e sociais realiza-se na esfera da condição humana como cidadão e depende de uma esfera política para a sua existência. A associação política (o Estado) desempenha, portanto, um papel crucial e indispensável para a realização da liberdade, permitindo, desse modo, a efetivação do verdadeiro sentido da vida humana. A função do Estado nesse processo consiste não só em assegurar as condições para o exercício da liberdade, mais que isso, ele representa a própria encarnação ou corporificação da liberdade (cf. Neuhouser, 2000, p. 57).

A questão básica para o filósofo consiste, portanto, em como é possível governar os homens sem torná-los dependentes uns dos outros, ou como é possível constituir uma autoridade pública que preserve a liberdade na obediência. A solução que Rousseau apresenta é submeter a todos ao império da lei, mas, diferentemente da tese liberal de que a lei sempre representa um obstáculo necessário para limitar a liberdade, para Rousseau, a lei constitui a liberdade, uma vez que, se todos são igualmente submetidos à lei na condição de súditos (cidadãos), pela sua mediação eles são livres. Como afirma Spitz,

---

[2] Pettit observa que os expedientes pelos quais alguém pode ter poder sobre outro são incontáveis: "se dispõem entre os da força física, da vantagem técnica, da esperteza financeira, da autoridade política, dos contatos sociais, da posição na comunidade, do acesso às informações, da posição ideológica, da legitimação cultural, e outros do gênero" (1999, p. 59).

> está claro, portanto, que a liberdade só existe com a presença dos outros, e pela lei que sanciona o juízo de legitimidade de todos sobre a conduta de cada um; não é senão em um meio humano, juridicamente atravessado por leis no sentido próprio do termo, que a liberdade pode existir (1995, p. 338).

Em síntese, a lição extraída de Rousseau consiste não só em ver o sentido e o alcance da liberdade como a principal finalidade do viver político, como também em resgatar um conceito de cidadania que possa garantir a liberdade pela prática de ações políticas que vinculam os indivíduos na comunidade. A saúde da moderna democracia depende, em boa medida, da conciliação destas duas perspectivas, ou seja, da presença de boas e justas leis e de instituições políticas que garantam a liberdade como não dominação; e, também, de cidadãos que, na qualidade de indivíduos voltados para o interesse coletivo, promovem essas leis e criam mecanismos políticos necessários para proteger e ampliar as instituições democráticas, bem como assegurar a autonomia política da comunidade por meio da soberania popular.

REFERÊNCIAS

DERATHÉ, R. *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*. Paris: Vrin, 1974.

KANT, I. *Métaphysique des moeurs*. Première partie, Doctrine du droit. Paris: Vrin, 1979.

NEUHOUSER, F. *Foundations of Hegel's social theory. Actualizing freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

PETTIT, P. *Republicanism*. A Theory of freedom and government. New York: Oxford University Press, 1999.

POCOCK, J. G. A *The Machiavellian Moment*. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton: Princeton University Press, 1975.

ROUSSEAU, J-J. *O Contrato social*. Tradução Lourdes S. Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

_____. *Cartas escritas da montanha*. Tradução Maria C. P. Pissarra e Maria das Graças de Souza. São Paulo: Educ; Unesp, 2006.

_____. *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*. Tradução Lourdes S. Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).

SPITZ, J-F. *La liberte politique*. Essai de généalogie conceptuelle. Paris: Puf, 1995.

KANT E A DOUTRINA DO DIREITO

Alessandro Pinzani

À memória de Clélia Aparecida Martins

O racionalismo político que caracteriza a modernidade alcança seu ponto mais alto em Kant. O filósofo alemão elabora uma constituição racional que reúne os elementos mais importantes da tradição republicana (império das leis, conexão entre participação política e propriedade privada) com os da tradição liberal (garantia das liberdades individuais pelo Estado) e até da tradição radical-democrática (soberania popular). Ao fazer isso, Kant substitui o Direito natural pelo Direito racional e renuncia completamente a uma fundamentação instrumental do Estado, que vê neste um mero instrumento dos interesses particulares dos indivíduos, que se baseia num cálculo estratégico-racional. No contexto das teorias políticas do seu tempo, a Filosofia política kantiana representa uma exceção, pois se fundamenta no rechaço, por um lado, do paternalismo que ainda caracteriza a Filosofia de Rousseau e de outros autores, e, por outro lado, daquele reducionismo, que identifica os únicos motivos do agir individual na busca da felicidade e na consecução dos próprios interesses, como em Hobbes, em Locke e na tradição liberal. No centro da teoria jurídica e política kantiana encontra-se antes a ideia de liberdade, que se realiza apenas no âmbito de um Estado jurídico que, por sua vez, recebe legitimidade somente na forma de um Estado organizado de modo republicano.

CATOLICA-BIBLIOTECA

Uma vez que o elemento mais original da teoria kantiana do Direito é a sua visão da razão como fonte do direito e a sua concepção de liberdade, bem como a primazia atribuída aos deveres jurídicos ante os direitos, na presente exposição insistiremos sobre estes aspectos, limitando-nos a uma apresentação geral da teoria do Estado kantiana.[1]

A *DOUTRINA DO DIREITO* E SUA FORTUNA

Kant ministrou cursos sobre o direito desde a década de 1760. Conhecemos o conteúdo de alguns desses cursos graças às anotações de alunos, cujo nome é usado para indicar essas diferentes versões da teoria jurídica kantiana (como o *Direito Natural Feyerabend*, a *Metafísica dos Costumes Vigilantius* e a *Moral Mrongovius*). Contudo, Kant, contudo, publicou sua própria teoria do Direito somente em 1797, como a primeira parte da *Metafísica dos Costumes* (doravante: MC), com o título *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito* (doravante: DD). No ano seguinte a MC apareceu na sua íntegra, incluindo a segunda parte, os *Princípios metafísicos da doutrina da virtude*, e com alguns importantes esclarecimentos relativos à parte sobre o Direito publicada no ano anterior. Tais esclarecimentos não foram, contudo, de muita ajuda para tornar a obra popular ou garantir-lhe sucesso imediato. Por muito tempo ela foi considerada confusa e, às vezes, até contraditória, a ponto que Schopenhauer atribuir os inúmeros "erros" nela contidos ao enfraquecimento das faculdades intelectuais de Kant devido à idade (Schopenhauer, 1988, p. 436).

O juízo negativo de Schopenhauer parece ter sido compartilhado por muitos, uma vez que a MC permaneceu negligenciada pela maioria dos comentadores, que, no que diz respeito à teoria ética de Kant, privi-

[1] Sobre a teoria jurídica e política de Kant em geral ver: Bobbio, 1997; Flickschuh, 2000; Höffe, 2001; Kersting, 2007; Santos e André, 2007; Heck, 2007; Horn, 2014.

legiaram a *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785) e a *Crítica da razão prática* (1788), e, no que diz respeito à teoria jurídico-política de nosso autor, limitaram-se ao escrito sobre a *Paz perpétua* (1795), aquele sobre *Teoria e práxis* (1793) e aos opúsculos de Filosofia da História. Foi somente em época recente que a MC começou a ser estudada e comentada sistematicamente, até chegar a ser considerada uma obra absolutamente digna de ser colocada ao lado das outras, mais conhecidas, apesar de suas dificuldades e de seus problemas. Tais problemas não se limitam ao conteúdo da obra, mas se manifestam até em sua estrutura, tanto que em 1986 o alemão Bernd Ludwig propôs uma reorganização completa da DD, redistribuindo o material, deslocando vários parágrafos e até eliminando alguns que, a seu ver, representavam evidentemente repetições ou rascunhos de outros (Kant, 1986). Essa operação suscitou muitas polêmicas e ainda hoje os comentadores se dividem sobre ela. No presente texto nos utilizaremos da tradução brasileira, que tem como base a edição tradicional da *Akademie-Ausgabe* (a edição completa das obras de Kant) e não a edição Ludwig.[2]

CARACTERÍSTICAS GERAIS DA *DOUTRINA DO DIREITO*

O nome da obra é geralmente abreviado em *Doutrina do Direito* (em alemão: *Rechtslehre*). Isso é compreensível, uma vez que o título completo de *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito* é bastante longo. Na versão breve, contudo, perde-se a ideia de que a teoria apresentada diz respeito a princípios metafísicos. Em outras palavras, Kant não

[2] Ao longo deste texto, referir-nos-emos ao texto kantiano da seguinte forma: o número do volume da Akademie-Ausgabe, que contém a DD, isto é, o volume 06: o número de página daquele volume; o número de página da tradução brasileira (por ex.: 06: 214; p. 20). A tradução brasileira está contida em Kant, 2013.

pretende oferecer uma teoria completa do Direito (embora ele discuta inúmeros casos concretos e normas específicas, ao longo do texto), mas somente apresentar aqueles princípios *a priori* (isto é, não baseados na empiria, mas na razão pura prática) que devem servir como norte para todo e qualquer ordenamento jurídico que queira ser racional. Isso significa também que a doutrina em questão não diz respeito a nenhuma ordem específica de Direito Positivo e que a perspectiva do seu autor não é a do jurisconsulto ou do especialista em Direito, mas a do filósofo do Direito, como o próprio Kant salienta no primeiro parágrafo da obra (06: 229; 35).

O fato de tais princípios serem metafísicos não significa que Kant defenda uma visão igual à dos teóricos do Direito Natural, que, em sua época, é dominante. Nosso autor conhecia bem essas teorias, uma vez que para ministrar suas lições servia-se do texto de um dos mais conhecidos jusnaturalistas de seu tempo, Gottfried Achenwall (1755-1756).[3] Diferentemente dos teóricos do Direito Natural, contudo, Kant defende um modelo de Direito racional que tem sua fundamentação na razão prática, ou seja, em uma faculdade humana, e não numa ordem natural externa. Embora se sirva às vezes da linguagem e de conceitos típicos das teorias do Direito Natural, Kant não considera os direitos individuais como sendo algo inato, que a natureza (ou a vontade divina) atribui a cada indivíduo, embora admita a existência de um (único) direito inato, como veremos. Contrariamente ao que afirma certa vulgata, Kant não defende a existência de direitos *humanos* inatos ou de direitos *morais* do indivíduo, e até a dignidade atribuída aos indivíduos enquanto sujeitos jurídicos (que é coisa diferente da dignidade que eles possuem enquanto sujeitos morais, que não interessa neste contexto) não é inviolável e pode ser perdida, como fica claro na seção da DD que se ocupa de Direito Penal.

[3] Sobre a relação de Kant com o jusnaturalismo ver: Byrd; Hruschka; Joerden, 2008.

Quando foi publicada em 1797, a obra continha uma *Introdução à metafísica dos costumes*, que é dividida em quatro seções e que, propriamente, representa uma introdução às duas partes da MC e não somente à DD. É comum entre os intérpretes, porém, considerar tal introdução como formando um texto único junto com a DD. A razão disso é o fato de Kant introduzir nela algumas importantes definições e distinções, sem as quais uma adequada compreensão da DD tornar-se-ia quase impossível.

DIREITO E MORAL, DIREITO E ÉTICA, DIREITO E POLÍTICA

Na *Introdução à metafísica dos costumes* Kant opera uma distinção importante entre Direito e ética. Ambos pertencem à esfera da moral, mas devem ser diferenciados um do outro. Tal diferenciação se dá ao redor de alguns pares conceituais.

O primeiro relaciona-se ao tipo de legislação que caracteriza esses dois âmbitos da moral. Com respeito a isso se dão, por um lado, uma *legislação ética* que admite como móbil da ação somente a ideia de dever e, por outro, uma *legislação jurídica* que, ao contrário, deixa aberta a questão do móbil da ação. O segundo par conceitual diz respeito à atitude do sujeito. Com respeito a isso, o cumprimento de uma lei por dever constitui propriamente a *moralidade*, enquanto a simples conformidade da ação à lei, sem considerar o móbil, chama-se *legalidade*. A legislação jurídica exige a mera legalidade, enquanto a ética exige a

moralidade. Até aqui uma primeira leitura, contudo, se observarmos com maior atenção a página em questão, emerge uma série de problemas inesperados, começando pelo próprio conceito de legislação.

Segundo Kant, tal conceito é composto por dois elementos: (1) a *lei* e (2) o *móbil* da ação. A lei apresenta como objetivamente necessária a ação e faz dela o objeto de um dever; o impulso une subjetivamente (isto é, do ponto de vista do sujeito agente) a representação da lei com o móbil que determina a vontade de cumprir aquela ação (06: 218; p. 24). Ambos os tipos de legislação apresentam determinadas ações como objetivamente necessárias, portanto eles se distinguem entre si com respeito ao momento subjetivo, isto é, ao móbil da ação. A legislação ética é a que (1) torna uma ação o objeto de um dever e (2) faz deste dever o móbil da ação (06: 219; p. 25). Também a legislação jurídica (1) torna uma ação um dever, mas (2) admite um móbil diverso da ideia de dever (06: 219; p. 25). A legislação ética requer, portanto, moralidade por parte dos indivíduos: a ação em questão deve ser praticada partindo da simples ideia de dever; a legislação jurídica, pelo contrário, exige a mera legalidade.

Kant, contudo, opera uma restrição também com respeito aos móbiles admissíveis por parte da legislação jurídica: deve tratar-se simplesmente de aversões, posto que uma legislação deste tipo "deve ser uma legislação que obriga, não uma atração que convida" (06: 219; p. 25). Em outras palavras: o medo da punição é admitido como móbil (ele representa uma aversão), mas a esperança de uma recompensa (uma atração convidativa) não é admitida como móbil. A legislação jurídica possui caráter meramente coercitivo. Por que, contudo, não posso ser levado a obedecer às normas jurídicas pela promessa de uma recompensa em vez da ameaça de uma sanção? A razão disso consiste no fato de que o Direito se restringe em definir negativamente um âmbito cujos limites não podem ser ultrapassados (senão meu arbítrio não poderia coexistir

com os arbítrios alheios segundo uma lei geral da liberdade, conforme a definição de Direito oferecida por Kant em (06: 229; p. 35). Assim sendo, todas as normas jurídicas são interpretáveis como proibições, uma vez que elas estabelecem limites ao meu arbítrio. Uma proibição é imposta por meio da ameaça de sanções caso seja violada. A única ação relevante do ponto de vista jurídico é a violação da lei, não sua não violação. Dessa forma, a única reação juridicamente admissível é a punição da violação, não a recompensa da não violação (não é por acaso que para Kant o Direito está vinculado essencialmente à faculdade de coagir (06: 231 s.; p. 37)).

A legislação ética e a jurídica se diferenciam então em primeiro lugar no que diz respeito ao ponto (2), isto é, ao móbil. Kant, porém, introduz logo uma ulterior diferenciação com respeito ao ponto (1): somente ações externas podem ser tornadas objeto de um dever por parte da legislação jurídica, enquanto a legislação ética admite também deveres internos (06: 219; p. 25). Deveres externos são aqueles que impõem ações externas (06: 220; p. 26); os internos devem, portanto, impor ações internas. Uma ação interna seria, por exemplo, o pôr-se certo fim, e este é o exemplo que Kant oferece de uma ação que não pode ser objeto de uma legislação externa (06: 239; p. 45).

De qualquer maneira, para Kant a legislação ética não pode ser externa, uma vez que ela "inclui em sua lei o móbil interno da ação (a ideia de dever)" (06: 219; p. 219): tal dever não pode ser imposto por meio da ameaça de uma coação externa.[4] Seria lícito esperar agora que a legislação jurídica fosse *exclusivamente* externa, dado que ela não inclui nunca na sua lei o motivo interno da ação; contudo Kant escreve:

[4] Uma legislação ética externa seria possível, na verdade, mas não se distinguiria de uma legislação jurídica: isto acontece, por ex., quando se tenta obrigar os indivíduos a respeitar as leis morais ameaçando-os com as penas eternas do inferno ou com o ostracismo social.

"a legislação ética é aquela que não pode ser externa [...]; a jurídica é a que *também* pode ser externa" (06: 220; p. 26, grifo nosso). Por que "também" em vez de "exclusivamente"? Isto significa talvez que a legislação jurídica pode ser *também* interna?

A mesma ambiguidade emerge num outro passo: os deveres jurídicos são aqueles "para os quais é possível uma legislação externa", enquanto os deveres de virtude são aqueles "para os quais não é possível uma tal legislação" (06: 239; p. 45), posto que se dirigem a um fim – e a legislação externa não pode impor aos sujeitos que eles se coloquem um certo fim. Kant limita-se aqui a afirmar que a legislação ética não pode ser externa, mas não diz que a legislação jurídica pode ser somente externa e não interna. Parece, então, que ele não exclui a possibilidade de uma legislação jurídica interna, mas não está claro que tipo de legislação seria este. Se observarmos a tabela da página sucessiva (06: 240; p. 46), poderemos constatar que há um dever interno que é apresentado como dever jurídico perfeito para consigo próprio, a saber, o dever correspondente ao direito da humanidade na nossa própria pessoa. Kant refere-se a este direito também no passo em que introduz o dever jurídico interno do *Honeste vive* (06: 236; p. 42).[5]

À divisão entre legislação ética e legislação jurídica acrescenta-se, como vimos, a entre legalidade e moralidade, que, contudo, diz respeito à atitude do agente, não às características da legislação ou da lei (ou do dever correspondente). Se agirmos em conformidade à lei, e por dever, agiremos moralmente. Se agirmos em conformidade à lei com base em outros móbiles, nossa ação será legal, mas não possuirá qualidade moral. A legislação jurídica exige a mera legalidade, deixando aberta a questão do móbil da ação, uma vez que por definição tal legislação não inclui

[5] Sobre o *honeste vive* e as outras regras do Pseudo-Ulpiano ver Pinzani, 2009, p. 94-120.

na sua lei o motivo. Ela admite, contudo, a possibilidade de que eu siga suas leis por dever ou por moralidade (uma possibilidade que Kant menciona expressamente na *Doutrina da virtude* em (06: 390; p. 202)).

A legislação ética exige por definição moralidade, pois em caso contrário a obediência à lei não teria valor moral. Quem cumpre deveres de virtude por móbiles diversos da ideia de dever age legalmente (isto é, conforme a lei moral), mas não moralmente. Uma ação deste tipo não é interessante para Kant, ainda que possa ter certo valor como exercício moral – aquele exercício que deveria conduzir-nos a praticar ações conforme a lei moral, suscitando em nós inicialmente o mero hábito e, em seguida, levando-nos a agir por dever, como Kant afirma várias vezes na *Doutrina da virtude*.

Apesar das observações de Kant sobre a distinção entre Direito e Ética em sua Filosofia, tal relação permanece problemática e até hoje os comentadores dividem-se sobre a melhor maneira de entendê-la. Assim, há quem afirme que, afinal, o Direito está submetido à Ética, uma vez que seus princípios metafísicos não podem ir contra os princípios éticos e que o mesmo vale para as normas e leis jurídicas positivas.[6] Outros defendem que, pelo contrário, não obstante Kant afirme que princípios e normas jurídicos devem estar em concordância com a lei moral, o Direito possui uma normatividade própria, independente da normatividade ética (essa é a chamada tese da separação).[7] Alguns negam a existência de um imperativo categórico do Direito, apesar de o mesmo Kant mencioná-lo, enquanto há os que salientam seu caráter peculiar que o diferencia do imperativo categórico ético tal como apresentado na *Fundamentação*

[6] Esta leitura é defendida, entre outros, por Guido de Almeida, Wolfgang Kersting, Otfried Höffe e Paul Guyer (cf. Almeida, 2009, p. 359-374; Kersting, 2007; Kersting, 2009, p. 147-182; Höffe, 1990; Höffe, 1999, p. 41-62; Guyer, 2009, p. 293-357).

[7] A tese da separação é defendida, entre outros, por Marcus Willaschek e Allen Wood (cf. Willaschek, 2009a, p. 49-70; Willaschek, 2009b, p. 257-292; Wood, 2002, p. 1-21).

ou na *Crítica da razão prática*. Parece-nos que a melhor solução para esses problemas é a apresentada recentemente por Christoph Horn, que defende a ideia de que o Direito possui uma normatividade não ideal, diferentemente da ética, cuja normatividade é ideal. Ao afirmar isso, este comentador alemão refere-se à ideia de que, por um lado, o Direito resulta de um procedimento que lembra o teste do imperativo categórico ético, a saber, o teste da vontade geral (posto que só é válida a norma jurídica que possa ser considerada como sendo expressão de tal vontade); por outro lado, trata-se somente de uma analogia, uma vez que o Direito não obedece aos mesmos princípios da moral individual que se expressa no imperativo categórico ético (Horn, 2014, p. 27 et seq. et passim; Horn, 2009, p. 39-53).

No que diz respeito à política, o fato de Kant inserir sua teoria do Estado no contexto da DD aponta aparentemente para uma visão na qual questões políticas são em última análise questões jurídicas e a atividade política não passaria de uma forma específica de atividade jurídica. Esta impressão é reforçada por uma célebre afirmação do escrito sobre a *Paz perpétua*, segundo a qual a política é exercício da doutrina do Direito (*ausübende Rechtslehre*). Ao afirmar isso, porém, Kant não diz que a política é mera aplicação mecânica dos princípios metafísicos do Direito, mas aponta para a necessidade de os homens políticos chamados a definir as normas jurídicas positivas de uma comunidade se inspirarem em tais princípios. Isso não exclui outra necessidade, a saber, a de levar em conta as circunstâncias concretas nas quais tais normas se aplicarão. Por isso, o representante que exerce concretamente o poder soberano (que em si pertence ao povo) deve servir-se de sua faculdade de juízo político.[8] Infelizmente Kant não aprofundou este tema em nenhum de seus escritos políticos, apesar de considerar essencial para uma república a presença de um sistema representativo (Pinzani, 2008, p. 203-226).

[8] Sobre a importância dessa faculdade no pensamento kantiano ver Arendt, 1994.

A DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO E O PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO

Na *Introdução* à DD, Kant define o Direito como "o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade" (06: 230; p. 36). É uma definição formal que não contém sequer o conceito de lei ou de norma jurídica, uma vez que o Direito inclui também outros elementos (por ex. o único direito inato, a saber, a liberdade externa dos indivíduos). O caráter formal da definição justifica-se pelas três características que Kant atribui ao Direito neste contexto. Em primeiro lugar, ele diz respeito "apenas à relação externa" entre indivíduos e suas respectivas ações, deixando de lado os móbiles ou motivos que podem levá-los a agir de certa maneira ou a estabelecer relações entre si. Em segundo lugar, e em consequência do primeiro aspecto, o Direito ocupa-se somente das relações entre arbítrios, sem levar em conta os desejos dos sujeitos. Em terceiro lugar, o Direito não se interessa pelos fins particulares que os sujeitos perseguem, quando entram em relações jurídicas com os outros. Em outras palavras, do ponto de vista jurídico, é irrelevante saber por que eu quero comprar a mercadoria X do vendedor Y, ou por que estou contratando os serviços de A em vez dos de B, etc.

Kant refere-se explicitamente ao arbítrio dos sujeitos, não a sua vontade, uma vez que na *Introdução à Metafísica dos Costumes* havia distinguido as duas faculdades de maneira clara. Ambas estão vinculadas com nossa capacidade de agir ou não agir (que Kant denomina de "faculdade de apetição") e à consciência de podermos, por meio de nossa ação, atingir nosso fim. No caso da vontade, contudo, esta capacidade é considerada "não tanto em relação à ação (como o arbítrio), mas muito mais em relação ao fundamento de determinação do arbítrio à ação", fundamento que reside na razão prática mesma (06: 213; p. 19). Em outras palavras, vontade e razão prática coincidem, enquanto, no caso do

CATOLICA-BIBLIOTECA

arbítrio humano, estamos perante uma faculdade que pode ser determinada pela razão (neste caso chama-se livre-arbítrio), mas também pode ser afetada pela inclinação ou por um impulso sensível. No caso das ações que são objeto do Direito, não se exige dos indivíduos que seu arbítrio seja determinado pela razão, mas se admitem outros móbiles (paixões, impulsos, desejos sensíveis, etc.).

Assim, a definição do Direito como conjunto de condições nas quais os arbítrios podem interagir é consequência da definição de arbítrio, por um lado, e das três características das relações interindividuais relevantes do ponto de vista jurídico, por outro. O que não deriva diretamente desses elementos é a ideia de uma conciliação dos arbítrios com base em uma lei universal da liberdade, particularmente se consideramos que até agora Kant ainda não definiu o próprio conceito de liberdade. Esta referência à liberdade é invocada pelos comentadores que tendem a fazer de Kant um liberal ou até um libertário,[9] mas em si não diz muito, se não for levada em conta a visão peculiar que o autor tem da liberdade individual e de suas características (tema sobre o qual voltaremos em seguida).

Ainda na *Introdução* Kant oferece um "princípio universal do Direito" e uma "lei universal do Direito" (06: 230 s.; p. 36 s.). O primeiro afirma que "é correta[10] toda ação que permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal, etc." Tal princípio é consequência direta da definição de Direito oferecida anteriormente (neste contexto, não

[9] Sobre Kant e o liberalismo ver: Pogge, 2002, p. 133-158. Exemplo de uma leitura "liberal" de Kant é: Byrd e Hrushka, 2010. Exemplos de uma leitura libertária de Kant são: Faggion, 2013, p. 61-70; Pavão 2013, p. 263-284.

[10] O original alemão tem a palavra *recht*, utilizada aqui como adjetivo (diferentemente do substantivo *Recht*, ou seja, "Direito"). Esta correlação entre o Direito (*Recht*) e o caráter correto (*recht*) da ação acaba sendo inevitavelmente perdida na tradução brasileira.

analisarei o conceito de máxima introduzido aqui por Kant). A segunda diz: "aja externamente de tal modo que o uso livre do seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal". Kant, no entanto, deixa claro que tal lei não exige que eu mesmo deva limitar minha liberdade, pois nesse caso ela se tornaria uma lei ética (uma vez que exigiria uma coação interna de minha parte, fazendo da ideia de dever o móbil de minha ação).

Finalmente, Kant liga o conceito de direito à competência ou autoridade para coagir. Servindo-se de um linguajar inspirado pela Física, utilizado também em outras obras, Kant descreve as relações entre arbítrios como um jogo de forças e contraforças, de ações e reações. Nesta ótica, se um indivíduo violar meu direito, exercendo contra mim uma força indevida, eu tenho a competência (isto é, estou autorizado) para exercer uma contraforça que vise a reestabelecer o *status quo ante*. Neste caso, minha reação é uma coação legítima que responde a uma coação ilegítima.

Num apêndice à Introdução Kant discute dois tipos de direito que não se encaixam nas definições mencionadas e que, portanto, ele denomina de "direito equívoco", a saber, a equidade e o direito de necessidade. A primeira diz respeito a um direito que não pode ser exigido judicialmente, por não lhe corresponder uma norma jurídica específica. Poderíamos chamá-lo de direito moral, se a expressão não fosse ambígua e incompatível com as definições da *Introdução*. O exemplo oferecido por nosso autor é de um "servente doméstico a quem é pago o salário corrente até o final do ano em moeda que se desvalorizou durante esse tempo" (06: 234; p. 40). Na ausência de uma lei que prevê o reajuste do salário à desvalorização da moeda, ele não pode reclamar do seu patrão uma indenização. O direito de necessidade, pelo contrário, não representa sequer um direito, mas uma desculpa invocada para se eximir da obediência à lei. O caso citado por Kant é um exemplo muito antigo

e recorrente na literatura desde Cícero: depois de um naufrágio, um homem empurra outro de uma tábua à qual se havia agarrado, para se salvar. O argumento que presumidamente justificaria tal ação é o de que a máxima punição prevista para este ato, ou seja, a pena de morte, não possui força neste caso, uma vez que a morte seria de qualquer maneira o destino desse indivíduo, se ele não empurrasse o outro. Em nome de sua sobrevivência, ele se atribui o direito de violar a lei, que proíbe matar um inocente. Trata-se, porém, justamente, de um falso direito e, portanto, não pertence à DD propriamente dita.

A *DOUTRINA DO DIREITO* COMO DOUTRINA DOS DEVERES

A seção seguinte é chamada de *Divisão da doutrina do Direito*, mas inicia significativamente com uma "Divisão geral dos *deveres* jurídicos" (06: 236; p. 42 – grifo nosso), enquanto a "Divisão geral dos direitos" vem depois. Isso não é casual, uma vez que a DD é primariamente uma doutrina dos deveres e não dos direitos individuais, inspirada em obras como o *Dos deveres* de Cícero, mais do que nos manuais de Direito Natural à la Achenwall.

Para distinguir as diferentes classes de deveres jurídicos, Kant recorre a três normas clássicas atribuídas ao jurista romano do 2°-3° séculos, Ulpiano (embora sejam mais antigas), a saber: 1) *Honeste vive*, 2) *Neminem laede* e 3) *Suum cuique tribue*. Kant, contudo, oferece delas uma "tradução" para o alemão que resulta em alguns casos numa reformulação original. Tais regras e a correspondente divisão dos deveres jurídicos estabelecem uma espécie de esquema triádico sobre o qual é construída toda a DD (Pinzani, 2009).

O primeiro grupo de deveres jurídicos, que corresponde à regra *Honeste vive*, refere-se à afirmação do seu próprio valor na relação com os outros. Isso implica primeiramente a proibição de se vender como escravo, que aparece em vários lugares da obra (06: 270; p. 75 s. e 06: 282; p. 87).[11] Principalmente, contudo, o dever em questão diz respeito à afirmação da própria personalidade jurídica, ou seja, à afirmação de si como sujeito jurídico e possível parceiro jurídico para os outros. Por isso, por dizer respeito a uma condição subjetiva para a existência do Direito, pode ser considerado um dever jurídico interno, embora isso esteja em contradição com a caracterização kantiana dos deveres jurídicos como deveres meramente externos (06: 219; p. 25). A esse dever corresponde um direito – mas não de outro sujeito, antes da humanidade em minha própria pessoa (06: 236; p. 42). Veremos como isso diz respeito à definição de liberdade oferecida por Kant logo em seguida.

A segunda regra de Ulpiano, *Neminem laede*, impõe que não violemos os direitos alheios, ainda que para isso tenhamos de "evitar toda sociedade" (06: 236; p. 43). Neste caso ela serve como fundamento para o estabelecimento de relações jurídicas com os demais. Aos deveres que nela se baseiam corresponde o direito dos outros de serem reconhecidos como detentores de direitos.

A terceira regra, *Suum cuique tribue*, cuja tradução é "dê a cada um o seu", é interpretada por Kant como "entre [...] em uma sociedade com os outros na qual cada um possa conservar o seu", uma vez que, segundo nosso filósofo, "não se pode dar a ninguém o que ele já tem". Por isso, ela funda o dever de criar uma situação jurídica na qual "a cada um possa ser assegurado o seu diante dos demais" (06: 237; p. 43).

[11] Essa proibição pode parecer-nos óbvia, mas o tema era muito comum entre os autores do tempo e aparece, por exemplo, também no início do *Contrato Social* de Rousseau.

Podemos afirmar, portanto, que a segunda e terceira regra dão lugar a deveres que concernem, respectivamente, ao surgimento do Direito Privado e do Direito Público, isto é, ao estabelecimento de relações jurídicas entre indivíduos e à proteção de tais relações por meio da coerção exercida por um Estado. As relações jurídicas entre indivíduos dizem respeito primeiramente à posse de coisas, ou seja, àquilo que Kant denomina de "meu e teu exteriores" (06: 247; p. 53). Nesse sentido, podemos afirmar que a primeira regra diz respeito ao "meu e teu interiores" (06: 237; p. 43), ou seja, àquelas qualidades inatas que constituem a liberdade externa e que não representam, propriamente falando, um objeto da DD, uma vez que esta concerne às *relações* jurídicas (externas) entre arbítrios.

A LIBERDADE COMO DIREITO INATO

Ao definir a liberdade, Kant deixa claro que se interessa somente pelos seus aspectos relevantes do ponto de vista jurídico, uma vez que ele a reduz, por assim dizer, à "independência em relação ao arbítrio coercitivo de um outro", deixando de lado outros aspectos (por exemplo a liberdade interna ou autonomia, isto é, a faculdade de estabelecer a lei moral, que está no centro das obras éticas de Kant). Trata-se, então, da liberdade exterior, considerada apenas "na medida em que possa coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal" (06: 237; p. 43 s.), ou seja, apenas do ponto de vista da definição de Direito oferecida anteriormente. Segundo Kant, ela é o único direito originário, "que cabe a todo homem em virtude de sua humanidade". Pode parecer estranho que Kant não fale aqui em direito à liberdade, mas defina a liberdade como direito; contudo isso fica mais claro se consideramos os três elementos que compõem tal liberdade e que podem fundamentar, cada um, um direito específico ou uma autorização [*Befugnis*] a exigir que os outros cumpram o correspondente dever.

O primeiro deles é a igualdade inata com os outros, "que consiste em não ser obrigado por outrem senão àquelas coisas a que também reciprocamente se pode obrigá-los" (06: 237; p. 44). Trata-se, em suma, da faculdade de obrigação recíproca. Em termos de deveres, os outros podem obrigar-me só na medida em que eu posso obrigá-los por minha vez. Em termos de direitos, posso exigir dos outros somente o que eles podem exigir de mim por sua vez.

O segundo elemento é dado pela dupla qualidade de "ser seu próprio senhor (*sui iuris*)" e de "ser um homem íntegro", ou seja, *iustus* (06: 237; p. 44). Que tais qualidades possam ser consideradas como formando uma única qualidade pode ser entendido se considerarmos a primeira regra de Ulpiano, *Honeste vive*, a qual fazia coincidir a ideia de honestidade ou integridade com o dever de nos afirmarmos como indivíduos que não dependem da vontade alheia (e, portanto, são senhores de si mesmos). Isso significa que qualquer indivíduo nasce independente do arbítrio dos outros e com um nome irrepreensível, e que somente ele pode perder tal independência e manchar seu nome por meio de suas ações criminosas. Correspondentemente, os outros têm o dever de respeitar minha independência e minha boa reputação.

O terceiro elemento consiste na "competência [*Befugnis*] para fazer a outrem o que em si não os prejudica no que é seu, supondo que eles não querem apenas aceitá-lo", em particular em relação à expressão de meus pensamentos ou à questão se eles querem ou não acreditar na verdade de minhas afirmações (06: 237; p. 44). Naturalmente não se trata aqui de eventuais mentiras que possuam consequências jurídicas imediatas e representem, portanto, uma violação dos direitos alheios, como Kant esclarece em uma nota. O que nosso autor quer salientar é, mais uma vez, que nossas ações podem ser consideradas de duas perspectivas diferentes do ponto de vista da ética individual e do ponto de vista do Direito. Se um comerciante contar aos seus clientes que sua mercadoria é a melhor que eles podem encontrar no mercado, não podemos julgar

tal afirmação de um ponto de vista interessado em averiguar estritamente a verdade dela, mas devemos vê-la como a tentativa legítima de convencer alguém a comprar determinados produtos, deixando que os clientes escolham livremente acreditar ou não na palavra do vendedor. Naturalmente, a situação seria diferente se, por exemplo, o vendedor mentisse intencionalmente, apresentando como impecável uma mercadoria que sabe estar danificada.

Pode-se constatar, portanto, que a definição de liberdade oferecida aqui por Kant é extremamente formal e diz respeito à existência de condições sem as quais o sujeito não poderia sequer instaurar uma relação jurídica com os demais. A primeira de tais relações diz respeito à aquisição e posse de objetos externos.

O MEU E TEU EXTERIORES E O DIREITO PRIVADO

O fato de as primeiras relações jurídicas entre indivíduos dizerem respeito à posse de coisas não significa que existe para Kant um direito natural ou inato à propriedade, como em Locke e outros jusnaturalistas. Como vimos, o único direito inato é a liberdade, e a propriedade de coisas não é um elemento constitutivo dela. Chama a atenção também o fato de Kant não utilizar o termo "propriedade" [*Eigentum*] a não ser em casos específicos, preferindo o termo "posse" [*Besitz*]. Embora Kant, seguindo a tradição, fale em direito real, que corresponde ao *ius ad rem*, ele deixa claro repetidamente que as relações jurídicas não são entre os sujeitos e as coisas, mas entre o sujeito e os outros sujeitos. Afirmando minha posse de algo, estou proibindo os demais de se aprovarem desse objeto.

Kant distingue entre a mera posse empírica (*possessio phaenomenon*) e a posse propriamente dita ou inteligível (*possessio noumenon*). Posso possuir algo de forma inteligível também sem estar em sua posse

empírica: meu livro continua sendo meu também quando eu o empresto a outra pessoa, por exemplo. Isso vale também em relação à posse do solo, que, como em toda a tradição moderna, é considerada por Kant como a forma primeira e primária de posse. Originariamente o solo é posse legítima da totalidade dos homens (06: 262; p. 68). O indivíduo toma posse legítima de uma parcela de terra por meio de uma tripla ação: (1) ele toma posse do solo de forma arbitrária com um ato unilateral de ocupação; (2) declara sua intenção de que aquele terreno seja seu e (3) obtém da vontade geral o reconhecimento de seu título de posse (06: 263; p. 68 s.). Em outras palavras, o ato da vontade individual, unilateral e arbitrária deve ser reconhecido formalmente pela vontade geral, onilateral e não contingente, para que haja posse legítima.[12] Isso será a base da necessidade, afirmada por Kant, de passar de um estado de natureza (no qual, contudo, os indivíduos estabelecem entre si relações jurídicas) a um estado civil (Terra, 2009, p. 377-415; Westphal, 2009, p. 417-446).

Além do direito real, que diz respeito ao meu direito de posse sobre uma coisa fora de mim, é possível ter direitos relativamente ao "arbítrio de um outro em relação a um feito determinado", isto é, em relação a um serviço, bem como ao "estado de um outro em relação a mim" (06: 247; p. 53). Tais direitos são o fundamento do *ius ad personam* ou direito pessoal (06: 271 et seq.; p. 76 et seq.), que diz respeito aos contratos relativos a serviços, bem como o Direito de Família. No caso desse último, que Kant denomina de "direito da sociedade doméstica" (06: 277; p. 82), estamos perante um direito pessoal de tipo real, uma vez que nele "o homem adquire uma mulher, o casal adquire filhos e a família adquire criados" e que os objetos assim adquiridos são objeto de um direito inalienável do possuidor (06: 277; p. 82). A aquisição desse

[12] Sobre os problemas de tal visão e sua conexão com a teoria da origem da propriedade em Rousseau, permito-me remeter a: Pinzani, 2013, p. 11-24.

direito, contudo, não significa em sentido próprio posse do objeto: o marido não possui a mulher como se fosse um objeto inanimado e o mesmo vale para os pais em relação aos filhos ou para o chefe de família em relação aos criados. Por outro lado, o pai e chefe de família pode dispor dos filhos e dos criados e estes lhe estão submetidos. Se, por exemplo, um criado ou um filho fugir, "o chefe de família pode, por arbítrio unilateral, trazê-lo para seu poder", como se fossem "coisas (animais domésticos extraviados)" (06: 282 s.; p. 87 s.).

A NECESSIDADE DO DIREITO PÚBLICO E A CRIAÇÃO DO ESTADO

Ora, as relações jurídicas de Direito Privado possuem um caráter meramente provisório, pois falta uma instância capaz de sancionar com a força eventuais violações dos direitos, que delas derivam. Uma vez que se trata de relações que não são meramente contingentes, mas são o fruto de princípios racionais metafísicos, a própria razão prática impõe que elas recebam caráter definitivo ou (na terminologia de Kant) peremptório. Isso acontece somente por meio da instituição da instância mencionada, dotada de poder de sanção. Tal instância será o Estado.

Isso pode levar à conclusão de que para Kant a existência do Estado se justifica com a necessidade de salvaguardar os direitos de propriedade definidos no estado pré-estatal por meio do Direito Privado. Tal leitura é parcialmente justificada, uma vez que Kant não admite que as relações de posse estabelecidas em tal estado não podem ser questionadas e redefinidas no estado civil, por mais arbitrária e injusta que seja sua origem. Por outro lado, não é por cálculo individual que os indivíduos abandonam o estado natural para entrar no estado civil

(como acontece em Hobbes, entre outros), mas por uma exigência da razão, que não tolera que as relações jurídicas permaneçam provisórias e, assim, possuam uma natureza meramente contingente.

A novidade do pensamento jurídico-político de Kant em relação ao Direito Público, contudo, esgota-se nessa justificativa racional do *exeundum e statu naturali*, bem diferente daquela instrumental e calculadora da tradição contratualista moderna. A constituição estatal descrita por Kant não representa, pelo contrário, nenhuma substancial novidade em relação às teorias políticas da modernidade. A constituição racional, da qual Kant formula os princípios metafísicos, prevê a tradicional (desde Locke e Montesquieu) separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e atribui a soberania à vontade geral, sem, contudo, que o povo a exerça diretamente. O exercício do poder soberano cabe, antes, aos representantes do povo, que podem ser muitos (como no caso de uma democracia representativa) ou um só (como no caso de uma monarquia esclarecida e não absoluta). O(s) representante(s) deve(m), de qualquer maneira, legislar como se ele(s) encarnasse(m) a vontade popular e dar vida a leis, que devem poder encontrar o consenso do povo, se este for consultado. Quando o monarca legislar de tal forma e houver, ao mesmo tempo, separação de poderes, estamos perante uma monarquia republicana. Isso pode soar como um oximoro para nós, uma vez que estamos acostumados a opor governo monárquico e república, mas para Kant esse último termo indica uma maneira de exercer o poder, não uma forma específica de representação.

O soberano (isto é, o representante do povo que emite as leis em seu nome) nomeia um regente do Estado (06: 316; p. 122) cuja função é a de aplicar as leis por meio de decretos e que, portanto, tem o poder Executivo. A violação das leis é julgada e punida pelo poder Judiciário. Kant compara a relação entre os três poderes a um silogismo prático, no qual a premissa maior é dada pela lei na qual se expressa a vontade

CATOLICA-BIBLIOTECA

do povo e que possui um caráter geral, a premissa menor contém "o comando de proceder segundo a lei" (o decreto do Executivo) e representa a aplicação da lei geral aos casos concretos (como vimos, nisso consiste a tarefa principal do homem político), enquanto a conclusão contém "o veredicto jurídico (a sentença) daquilo que é de direito no caso em questão" (06: 313; p. 119).

DIREITO DE RESISTÊNCIA E DIREITO PENAL

Os parágrafos relativos ao Direito Político são acompanhados por cinco observações gerais que têm como objeto não princípios jurídicos metafísicos, mas os efeitos jurídicos decorrentes da natureza do Estado. Os mais conhecidos de tais efeitos são a proibição da resistência ao poder soberano e a visão draconiana do Direito Penal defendida por Kant.

No que diz respeito ao primeiro, Kant afirma de maneira enfática que os cidadãos não possuem o direito de opor resistência ao soberano, nem mesmo quando ele emite leis injustas ou age de forma contrária à lei (06: 318 ss.; p. 124 ss.). A razão disso consiste no fato de que tal ato de resistência equivaleria a negar validade à própria ordem jurídica em sua totalidade. Estamos falando de um direito jurídico à resistência (isto é, de uma exceção à norma que impõe a obediência às leis), não do fato de, algumas vezes, o povo poder fazer uma revolução. Do ponto de vista de uma doutrina metafísica do Direito, não faz sentido falar em um direito de desobedecer às normas jurídicas, embora do ponto de vista de uma Filosofia da História revoluções como a Francesa de 1789 devam ser julgadas positivamente como etapas em direção a uma crescente republicanização.[13]

[13]Sobre este aspecto ver: Korsgard, 2009, p. 517-562; Travessoni, 2009, p. 563-581; Pinzani, 2005, p. 37-49).

Ao tratar o Direito Penal, Kant assume uma posição de extremo rigor, defendendo uma teoria da pena como retaliação que apela explicitamente para o *ius talionis* (06: 332; p. 138). Assim, o indivíduo que assassine outro "tem de morrer" (06: 333; p. 139; cf. Merle, 2009, p. 583-602), mas o aspecto que mais chama a atenção é a ideia de que o criminoso, por meio de sua ação contrária à lei, perde sua dignidade como cidadão (06: 329 s.; p. 136). Quando, no entanto, não for condenado à morte, parece perder até sua dignidade como pessoa, uma vez que, em consequência da sentença de condenação aos trabalhos forçados, torna-se "um mero instrumento do arbítrio de um outro (do Estado ou de outro cidadão)". Kant chega até a afirmar que quem se encontra nesta situação "é um escravo (*servus in sensu stricto*) e pertence à propriedade (*dominium*) de um outro, que, por isso, é não apenas seu senhor [como acontecia com os criados[14]] mas também seu proprietário (*dominus*), podendo aliená-lo como uma coisa, usá-lo conforme lhe aprouver (ainda que não para fins vergonhosos) e utilizar-se (dispor) de suas forças, não incluídos sua vida e os membros de seu corpo" (06: 329; p. 136). Estas palavras não deixam dúvida alguma sobre o fato de que a dignidade que deriva da integridade jurídica inata (ver o referido anteriormente) não é intangível e pode ser perdida em consequência de ações criminosas. O criminoso se põe em uma situação na qual acaba perdendo não somente sua liberdade exterior, como sua honestidade, sua integridade e sua dignidade. Todo homem possui estas características em virtude de ter nascido como membro da espécie, mas não se trata de qualidades inerentes e elas podem ser perdidas ou retiradas do indivíduo. Por isso, o sujeito jurídico só permanece detentor de direitos na medida em que cumpre seus deveres jurídicos (resumidos nas três regras de Ulpiano).

[14]Nota do autor deste texto.

O DIREITO DAS GENTES E O DIREITO COSMOPOLITA

Na seção dedicada ao Direito das Gentes (o *ius gentium* da tradição jusnaturalista) Kant retoma considerações feitas em outras obras, como os escritos de Filosofia da História ou o tratado sobre a *Paz perpétua* (Nour, 2004). A ideia central é a de que o Estado não conseguirá dar caráter verdadeiramente peremptório ao direito enquanto não for instituído um estado de paz e segurança jurídica entre os diferentes Estados. Ninguém pode dizer-se plenamente seguro em relação a seus direitos enquanto houver a ameaça da guerra e da invasão por um inimigo externo. Isso, contudo, não leva Kant a sugerir a criação de um Estado mundial, em analogia com o Estado nacional. Ele propõe, antes, o estabelecimento de uma livre confederação de Estados, denominada por ele de "congresso permanente de Estados" (06: 350; p. 351). O argumento usado por Kant na DD para rechaçar a ideia de um Estado mundial é de caráter empírico: a extensão de tal Estado tornaria impossível a tarefa do governo e, portanto, a proteção de seus membros. Em outros escritos, os argumentos oferecidos apontam para o risco de que tal Estado se torne um despotismo universal, contra o qual não seria viável sequer a solução de emigrar, como acontece no caso de Estados nacionais despóticos.

Em coerência com o ideal racional da paz perpétua, Kant rechaça a guerra como instrumento de resolução dos conflitos entre Estados (remetendo tal tarefa ao mencionado congresso permanente), embora ele apresente algumas considerações que lembram exteriormente as tradicionais teorias da guerra justa. Não existem guerras justas, entretanto, segundo Kant, ainda que no momento presente e até a instauração do congresso permanente de Estados, essa permaneça a única maneira de resolver conflitos internacionais (Pinzani, 1999, p. 235-255).

Embora o receio kantiano perante um Estado mundial não seja fundamentado de maneira convincente (seria pensável um Estado mundial de caráter secundário, que se encarregaria somente de algumas poucas tarefas ligadas à manutenção da paz, deixando aos Estados nacionais as demais) (Höffe, 1995, p. 109-132), chama a atenção a ideia de que a paz e a segurança internas dos Estados dependem da existência de um estado de paz exterior – ideia tanto mais atual, se considerarmos os problemas que conflitos aparentemente locais suscitam nos outros países.

A outra novidade em relação à maneira como a tradição havia refletido sobre as relações internacionais é a introdução de um tipo de Direito que Kant chama "cosmopolita" (06: 352; p. 157). Como o nome revela, não é um direito que diz respeito às relações dos Estados entre si (isso é objeto do Direito das Gentes), mas concerne às relações entre estados e indivíduos de outros países. Tal Direito reduz-se basicamente a um direito universal de visita que impõe a cada Estado o dever de admitir em seu território estrangeiros que possuam intenções pacíficas. Isso não significa, porém, que esses indivíduos possuam o direito de se estabelecer no território do Estado em questão ou de empreender relações comerciais com os habitantes locais. Esta insistência no direito que os Estados têm de limitar os direitos dos estrangeiros deve ser vista como uma resposta de Kant aos argumentos usados por vários autores da tradição que apelavam para um presumido direito natural de comerciar e que consideravam a violação de tal direito uma justificativa para a invasão e a colonização daqueles Estados que se opusessem à presença de mercantes estrangeiros. Kant rechaça enfaticamente aquilo que denominamos hoje de colonialismo; ao mesmo tempo, exalta a importância das viagens e do conhecimento recíproco entre culturas diferentes, uma vez que tal conhecimento é a melhor garantia para a paz internacional.

REFERÊNCIAS

ACHENWALL, Gottfried. *Juris Naturalis Pars Prior et Pars Posterior.* Göttigen: Bossiegel, 1755-1756.

ALMEIDA, Guido de. Kant e o princípio do direito. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Kant e o direito.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 359-374.

ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.* Brasília: Editora da UnB, 1997.

BYRD, Sharon; HRUSHKA, Joachim. *Kant's Doctrine of Right. A Commentary.* New York: Cambridge University Press, 2010.

BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim; JOERDEN, Jan C. (Hrsg.). *Kants Metaphysik der Sitten im Kontext der Naturrechtslehre des 18.* Jahrhunderts/Kant's Doctrine of Right in the Context of Eighteenth Century Natural Law (Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 16). Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

FAGGION, Andréa. O Direito kantiano e o Estado Mínimo. In: SERRÃO, Adriana Veríssimo et al. (Orgs.). *Poética da razão:* homenagem a Leonel Ribeiro dos Santos. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2013. p. 61-70.

FLICKSCHUH, Katrin. *Kant and Modern Political Philosophy.* Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

GUYER, Paul. As deduções de Kant dos princípios do Direito. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Kant e o direito.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 293-357.

HECK, José. *Da razão prática ao Kant tardio.* Porto Alegre: Edipucrs, 2007.

HÖFFE, Otfried. Der kategorische Rechtsimperativ. Einleitung in die Rechtslehre. In: HÖFFE, Otfried (Hrsg.). *Immanuel Kant.* Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Berlin: Akademie, 1999. p. 41-62.

_____. *Kategorische Rechtsprinzipien.* Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1990.

_____."*Königliche Volker*". Zu Kants kosmopolitischer Rechts – und Friedenstheorie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2001.

_____. Völkerbund oder Weltrepublik? In: HÖFFE, Otfried (Hrsg.). *Immanuel Kant.* Zum ewigen Frieden. Berlin: Akademie, 1995. p. 109-132.

HORN, Christoph. Qual é a fundamentação da filosofia política de Kant? In: *Studia Kantiana*, 8, 39-53, 2009.

_____. *Nichtideale Normativität.* Ein neuer Blick auf Kants politische Philosophie. Berlin: Suhrkamp, 2014.

KANT, Immanuel. Direito Natural Feyerabend (Curso de Direito Natural (1784), segundo as anotações do aluno Gottfried Feyerabend). Tradução F. Mattos. In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, 15, p. 97-113, 2010.

_____. *Metafísica dos costumes.* Tradução Clélia A. Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

_____. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.* Hrsg. von B. Ludwig. Hamburg: Meiner, 1986.

KERSTING, Wolfgang. O fundamento de validade da moral e do direito em Kant. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Kant e o direito.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 147-182.

KERSTING, Wolfgang. *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts – und Staatsphilosophie, 3., erweiterte* und durchgesehene. Auflage, Paderborn: Mentis, 2007.

KORSGARD, Christine M. Tomando as leis em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 517-562.

MERLE, Jean-Christophe. A teoria de Kant sobre a justiça criminal: uma justificativa moral? In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 583-602.

NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant*. Filosofia do Direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PAVÃO, Aguinaldo. Coerção pública e liberalismo em Kant. In: FAGGION, Andrea; BECKENKAMP, Joãosinho (Orgs.). *Problemas semânticos em Kant*. São Paulo: DWW, 2013. p. 263-284.

PINZANI, Alessandro. Das Völkerrecht. In: HÖFFE, Otfried (Hrsg.). *Immanuel Kant*. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Berlin: Akademie, 1999. p. 235-255.

_____. In the beginning was the deed. On the origin of property and society in Rousseau and Kant. In: *Estudos Kantianos*, I/2, p. 11-24. 2013.

_____. Kant revolucionário? In: BORGES, Maria de Lourdes; HECK, José (Orgs.). *Kant:* natureza e liberdade. Florianópolis: EDUFSC, 2005. p. 37-49.

_____. O papel sistemático das regras pseudo-ulpianas na "Doutrina do Direito" de Kant. In: *Studia Kantiana*, vol. 8, p. 94-120. 2009.

_____. Representation in Kant's Political Theory. In: BYRD, Sharon B.; HRUSCHKA, Joachim; JOERDEN, Jan C. (Hrsg.). *Kants Metaphysik der Sitten im Kontext der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts/Kant's Doctrine of Right in the Context of Eighteenth Century Natural Law* (Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 16). Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 203-226.

POGGE, Thomas. Is Kant's Rechtslehre a "Comprehensive Liberalism? " In: TIMMONS, Mark (Ed.). *Kant's Metaphysics of Morals. Interpretative Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 133-158.

SANTOS, Leonel Ribeiro dos; ANDRÉ, José Gomes (Orgs.). *Filosofia kantiana do direito e da política*. Seminário Internacional. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Die Welt als Wille und Vorstellung*. Zürich: Haffmans Verlag, 1988. V. 1.

TERRA, Ricardo. Propriedade e constituição civil na filosofia kantiana. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 377-415.

TRAVESSONI, Alexandre. É consistente a defesa de Kant da obediência absoluta à autoridade? In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 563-581.

WESTPHAL, Kenneth R. Uma justificativa kantiana da posse. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 417-446.

WILLASCHEK, Marcus. Right and Coercion. Can Kant's Conception of Right be Derived from his Moral Theory? In: *International Journal of Philosophical Studies*, 17, p. 49-70. 2009a.

_____. Por que a Doutrina do Direito não pertence à Metafísica dos Costumes: Sobre algumas distinções básicas na filosofia moral de Kant. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 257-292. 2009b.

WOOD, Allen. The Final Form of Kant's Practical Philosophy. In: TIMMONS, Mark (Ed.). *Kant's Metaphysics of Morals*. Interpretative Essays. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 1-21.

DIREITO E LIBERDADE EM HEGEL

Thadeu Weber

A IDEIA DA LIBERDADE

Hegel, maior representante do idealismo alemão, nascido em 1770 e falecido em 1831, elaborou um dos sistemas filosóficos mais completos que a História já conheceu. Uma de suas principais contribuições foi certamente à Filosofia do Direito, por meio da obra *Princípios da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência Política*.

Introduzir o leitor nesta obra não é tarefa fácil, uma vez que trata de uma parte do sistema filosófico que se desdobra dialeticamente. A Filosofia do Direito, ou espírito objetivo, constitui um dos momentos da Filosofia do espírito, terceira parte do sistema, precedido pela lógica e pela Filosofia da natureza. A exposição detalhada desses temas não é relevante para os propósitos deste texto.[1] O intuito é ir diretamente à exposição da Filosofia do Direito, explicitando seus princípios e desdobramentos.

Para se entender o conjunto da referida obra, é preciso ter presente o propósito manifestado logo no primeiro parágrafo da introdução. Hegel se propõe uma "ciência filosófica do direito". Seu objeto é a

[1] Sobre esta divisão, ver Urdanoz, 1995, cap. VII.

CATOLICA-BIBLIOTECA

"ideia do direito", que inclui o conceito do Direito e sua realização. Essa ideia é a liberdade, que constitui o princípio orientador e fundamentador de toda estrutura jurídica e social.[2] Falar, pois, da Filosofia do Direito, é explicitar as diferentes formas de concretização da ideia da liberdade. A ciência do Direito é uma parte da Filosofia, pois busca nela seu princípio orientador. A ideia da liberdade a ser concretizada pelo conceito do Direito é dada pela Filosofia. O Direito pode dar as circunstâncias do fato jurídico, que são relativas e externas, mas o princípio que o orienta é dado pela Filosofia. Daí o propósito de fazer uma ciência filosófica do Direito e não só uma ciência do Direito. A argumentação hegeliana pressupõe a ideia da liberdade, entendida como autodeterminação, para, depois, expor essa ideia concretizada pelo Direito. O âmbito do Direito é, portanto, a ideia da vontade livre.

Onde Hegel busca essa ideia? Ela é uma conquista da História. Dois fatos são lembrados como decisivos nessa conquista: a Revolução Francesa e a Reforma Protestante. A primeira, como momento político, teve como um dos seus ideais a liberdade; a segunda representa a afirmação da liberdade de consciência e de expressão. É importante salientar que por conceito do Direito Hegel entende não só o Direito propriamente dito, mas também a moralidade e a eticidade. Estas são formas mediante as quais a liberdade se concretiza. A palavra conceito indica seu caráter normativo. Esse é o sentido dado por Hegel quando diz que o ponto de partida do direito é a vontade livre e que o "sistema do direito é o reino da liberdade realizada" (FD § 4).[3]

É exatamente esse princípio da vontade livre como conquista da História que deverá organizar as principais instituições sociais. Assim, falar em Filosofia do Direito significa expor as diferentes formas de

[2] Sobre a liberdade como princípio orientador da *Filosofia do Direito* ver Weber, 1993, cap. II.

[3] FD é a abreviatura utilizada para a obra *Princípios da Filosofia do Direito*, de Hegel.

concretização ou desdobramento do conceito do Direito, que é a ideia da liberdade. Quando falamos em Direito, normalmente pensamos no Direito Civil. Para Hegel, no entanto, o Direito inclui também a moralidade e a eticidade. Assim, encontramos nele uma fundamentação moral do Direito. As formas do Direito, também chamadas de figuras do Direito, devem ser entendidas como desdobramento do conceito de liberdade em suas diferentes etapas.

> Cada fase do desenvolvimento da ideia de liberdade tem o seu direito particular, porque é existência da liberdade numa das determinações que lhe são próprias. [...] A moralidade, a eticidade, o interesse do Estado, constituem, cada um, um direito particular, pois cada um deles é uma determinação e uma realização da liberdade (FD § 30).

Não se fala mais em liberdade natural e, sim, em momentos da realização da vontade livre numa de suas determinações. Isso significa dizer que ela se concretiza na propriedade, na família, nas corporações, no Estado, etc.

As partes que indicam a realização da liberdade são o direito abstrato, a moralidade e a eticidade.

O DIREITO ABSTRATO

Como primeira parte da *Filosofia do Direito*, o "direito abstrato" trata das formas concretas e imediatas da realização da ideia da liberdade, que é o fio condutor do Direito.[4] É abstrato e imediato porque ainda não há mediação social. É a primeira existência exterior da vontade livre.

[4] O tema do direito abstrato e seu desdobramento é mais amplamente desenvolvido no meu livro (Weber, 1993).

É a expressão externa da concretização da liberdade. Trata dos direitos e liberdades individuais mais imediatos da pessoa. É o âmbito do que hoje chamamos de Direito Privado.

O ponto de partida é a "pessoa de direito", enquanto "capacidade jurídica". É a pessoa enquanto sujeito de direitos, isto é, portadora de direitos e deveres. Enquanto tais, as pessoas são, fundamentalmente, iguais. Qualquer pessoa é sujeito de direitos. Isso inclui o reconhecimento recíproco de todos em condições iguais. Afirma Hegel: "Sê pessoa e respeite os outros como pessoas" (FD § 36). Esse é o ponto a partir do qual se dá a concretização da ideia da liberdade. O indivíduo é reconhecido como pessoa de direito pela sua capacidade legal. Ora, quais são as formas pelas quais essa pessoa concretiza sua capacidade jurídica? Para Hegel, a forma jurídica mais imediata de a pessoa realizar sua vontade livre é a posse. É por meio dela que a pessoa se dirige ao mundo. É o direito de poder dizer que algo é seu. "A pessoa, para existir como ideia, deve dar-se uma esfera externa para a sua liberdade" (FD § 41). Da posse decorre o direito de uso que, para se constituir no direito de propriedade, requer mais um direito: o direito de troca. Os dois juntos representam o direito de propriedade. A possibilidade de elevar a posse à categoria de propriedade requer um elemento a mais do que o simples uso. Esse novo elemento é o direito de troca, ou alienação. A propriedade é a posse reconhecida por outras vontades. É a posse garantida pelo direito. Uma vez reconhecida, posso dispor dela. A propriedade é um direito, porque é expressão da liberdade.

Como se dá esse reconhecimento? Isso ocorre mediante o contrato, segundo momento do direito abstrato. A garantia da propriedade e a possível transferência para outro exige o contrato. Ele é o reconhecimento formal da propriedade alheia. Do ponto de vista jurídico, o contrato diz respeito a duas vontades livres e à garantia de seu exercício. Daí ser o reconhecimento fundamental para o exercício da liberdade e da

legitimidade dos contratos. O reconhecimento da propriedade é o reconhecimento da vontade livre. É oportuno enfatizar que o contrato, como reconhecimento de vontades, não representa uma perda da extensão da liberdade, mas é, antes, uma garantia dela. Uma vontade se afirma como livre na medida em que for mediada e reconhecida por outras vontades. É o que ocorre no contrato.

Como, no entanto, com a propriedade e o contrato estamos tratando da primeira figura da realização da vontade livre, o direito abstrato, estamos tratando das formas mais imediatas da concretização da liberdade, isto é, de vontades contingentes e, como tais, sujeitas ao conflito e ao arbítrio pessoal. Daí a possibilidade da injustiça, terceiro momento do direito abstrato. Os contratos são acordos de vontades contingentes e por isso eivados de divergências e interesses pessoais. Vontades particulares, entregues ao arbítrio, podem causar danos. Lesar a vontade do outro envolvido no contrato é injustiça. Ferir um pacto é injusto.

Hegel numera diferentes graus dessa lesão: a injustiça de boa-fé, a fraude, a violência e o delito. Na injustiça de boa-fé a vontade alheia é lesada de forma involuntária. O injusto é tomado como justo; não há má-fé. Há o reconhecimento do direito, mas ele é confundido com a vontade particular contingente. A fraude já é um grau mais intenso de lesão. O engano é provocado intencionalmente, com o intuito de fechar um contrato. Para o fraudulento, o direito é uma aparência. Por exemplo, a vontade de um comprador é lesada quando uma informação é escondida, com o objetivo de fechar um contrato. O delito ou o crime é a lesão mais intensa. Há o propósito de querer ser injusto. Não há o reconhecimento do direito do outro, pois há uma intenção direta de ferir a liberdade alheia. "O delito é violência contra o direito", afirma Valcárcel (1988, p. 338). O castigo deve ser entendido como retribuição do dano causado e o restabelecimento do pacto. Ele não deve ser visto como uma vingança da sociedade contra o malfeitor, mas como uma justiça,

um restabelecimento do direito. O castigo é uma negação daquele ato que negou ou violou o direito. É preciso considerar que é a liberdade dos contratantes que está em jogo. Daí ser necessário verificar em que grau ela foi violada.

A MORALIDADE

A insuficiência do direito abstrato está no fato de não ter perguntado pela responsabilidade subjetiva dos agentes. Ele não ultrapassa o nível das determinações mais imediatas de duas vontades. A moralidade vem preencher esta incompletude na medida em que investiga a fundamentação subjetiva da liberdade. Ela pergunta pela "autodeterminação da vontade", pelos propósitos e intenções que movem o sujeito agente. É a segunda parte da Filosofia do Direito.

O Direito não pergunta pelos princípios subjetivos que guiam minhas ações, ou pela finalidade da minha vida. Não quer saber se respeito determinada lei por convicções pessoais ou se efetivamente concordo com ela. Simplesmente ordena o seu cumprimento (cf. Weber, 2009, p. 113). São as deficiências do contrato que indicam a necessidade de outro nível de determinação. A moralidade, por sua vez, trata do direito que o sujeito tem de saber e reconhecer só o que tem origem na sua vontade. Hegel fala em direito da moralidade, como "direito da vontade subjetiva" (FD § 107). De acordo com esse direito, "a vontade é e reconhece só o que é seu", isto é, reconhece como seu somente o que sabia e o que queria fazer. A moralidade trata, pois, das condições da responsabilidade subjetiva: o saber e o querer. Só o que eu sabia e queria fazer me pode ser imputado. É a liberdade considerada do ponto de vista da responsabilidade subjetiva. Escreve Hegel: "o direito de não reconhecer o que eu não considero racional é o mais elevado direito do sujeito" (FD § 132). O sujeito sabia o que estava fazendo? Quis fazer

o que fez? Se a resposta for positiva, o ato pode ser responsabilizado. Assim sendo, somente um ato consciente e livre é passível de juízo moral.

Surge obviamente uma questão objeto de muitas controvérsias: o problema da responsabilidade sobre as consequências não previstas das ações. Pode alguém ser responsabilizado por aquilo que não quis fazer, mas que foi decorrência imprevisível daquilo que fez? Se você decidir vingar-se de um inimigo e acabar lesando involuntariamente outras pessoas, qual é o grau de responsabilidade sobre esta lesão?

É claro que todas as ações, ao se concretizarem, podem ter inúmeras consequências. Do ponto de vista do direito de moralidade, não posso ser responsabilizado por algo do qual não tinha conhecimento. Ocorre que há consequências necessárias diretamente ligadas às ações e que nem sempre podem ser previstas. Um incêndio deliberado pode estender-se além do que o autor havia previsto. Observa D'Hondt, interpretando Hegel: "Todos os atos humanos, em todos os gêneros de atividade, produzem consequências imprevistas, involuntárias, alheias às intenções" (1966, p. 215). Do ponto de vista estritamente subjetivo, estes atos cujas consequências são imprevisíveis não podem ser responsabilizados.

Há, no entanto, que se distinguir consequências necessárias, as que constituem a própria ação, a manifestam e explicitam, das consequências contingentes, as que não pertencem à natureza da ação mesma ou lhe são acrescidas de modo contingente. Quanto às primeiras, parece não haver dúvida sobre a responsabilidade. No que se refere às segundas, devemos considerar a distinção hegeliana entre propósito e intenção. Não posso prever certas circunstâncias, que poderiam evitar-se, mas devo conhecer a natureza universal do fato particular. Para o autor em pauta, "a passagem do propósito para a intenção consiste em que não só devo saber minha ação singular, mas o universal que está unido a ela.

Universal que aparece dessa maneira é o pretendido por mim, minha intenção" (FD § 118). Isso significa que ao colocar fogo na casa do meu vizinho assumo toda responsabilidade pelas consequências desse ato, mesmo as que não estiverem em meu propósito. Esse universal ligado à ação é abarcado pela intenção. O propósito é individual, a intenção é o propósito universal. A intenção é o "conhecimento de que há uma universalidade nas ações particulares" (Valcárcel, 1988, p. 363). Isso significa que a responsabilidade vai além do simples propósito do sujeito agente. O incendiário podia e devia prever que era possível atingir casualmente outras pessoas, além do seu desafeto. Assim, a responsabilidade refere-se a um todo constituído pelos propósitos, intenções e possíveis efeitos contingentes daí decorrentes. Se eu considerasse somente o propósito, a responsabilidade recairia sobre o imediatamente ocorrido e não sobre as consequências imprevistas. Do ponto de vista da intenção, porém, a responsabilidade recai também sobre essas consequências não previstas.

Aspecto importante tratado por Hegel quando discute o tema da moralidade e que marca uma clara diferença da Filosofia prática kantiana é o "direito de emergência", ou "direito de necessidade". É o direito que cada um tem de abrir uma exceção a seu favor em caso de extrema necessidade. É sabido que para Kant é exatamente nas exceções que está a imoralidade.[5] Reconhecer a lei moral como de validade universal e abrir uma exceção a seu favor, ainda que apenas para um determinado momento, é cometer uma imoralidade.[6] Para Hegel, é desse direito (o da necessidade) que decorre o "benefício de imunidade pelo qual se devem deixar ao devedor instrumentos de trabalho, roupas..." necessários para sua manutenção (FD § 127). O direito de necessidade autoriza-me a fazer uso de todos os meios para defender minha vida, ainda

[5] Sobre a crítica de Hegel ao formalismo da moral kantiana, ver Weber, 2009, cap. III e IV. Neste livro há uma indicação de bibliografia complementar.

[6] Sobre os fundamentos da ética kantiana, ver Weber, 2013, cap. I.

que seja necessário lesar a propriedade ou a vida de alguém. A legítima defesa se enquadra nisso. As situações de emergência são exceções e requerem um tratamento especial. Não invalidam a lei, mas mostram que ela não é absoluta. "A necessidade do presente imediato pode justificar uma ação injusta, pois, com sua omissão, cometer-se-ia, por sua vez, uma injustiça, e na verdade a maior injustiça" (FD § 127).

Honneth chama a atenção para a insuficiência dessas duas primeiras partes da Filosofia do Direito: o direito abstrato e a moralidade. Padecem de um "sofrimento de indeterminação", considerando que é na eticidade (terceira parte) que ocorre a verdadeira realização da autonomia ou autodeterminação, uma vez que nela se dão as "condições para a realização da liberdade" e da intersubjetividade (cf. Honneth, 2007, p. 41). A objeção hegeliana feita ao formalismo kantiano diz respeito à "cegueira em face do contexto" (Honneth, 2007, p. 94).

ETICIDADE OU MORALIDADE OBJETIVA

Se a moralidade trata da fundamentação subjetiva da liberdade, a eticidade inclui todo movimento de concretização objetiva. É o campo da mediação das vontades livres nas instituições sociais. É o campo das relações intersubjetivas. Uma vontade só se determina quando decide objetivamente. Tomar decisões significa fazer escolhas, isto é, se impor limites. Esse é o movimento dialético da liberdade: para se concretizar precisa entrar num processo de mediação social obtendo o devido reconhecimento. Essa mediação é o âmbito da eticidade. Neste âmbito o indivíduo é considerado membro [*Mitglied*] de uma comunidade ética. Minha vontade tem de se mediar com a vontade livre do outro, a fim de se universalizar. Do imediato (a vontade imediata), sendo mediado, pode resultar um princípio ético universal. Não faz sentido dizer que

somos naturalmente livres, pois a liberdade somente se dá na mediação das vontades, ou seja, uma vontade só é livre pela determinação. Ora, isto se dá nas instituições sociais: a família, as corporações e o Estado.

É por isso que Hegel faz uma distinção entre primeira e segunda natureza. A primeira refere-se à "vontade meramente natural" e imediata; a segunda diz respeito ao desdobramento objetivo da vontade livre na forma de hábito. Não há eticidade no plano da vontade natural, somente na mediação social, isto é, na segunda natureza. As instituições sociais são resultado dessa mediação. Falar, portanto, em liberdade, significa mostrar como ela ocorre na família, nas corporações e no Estado. Há um "conteúdo substancial" resultante dessas mediações, portanto uma limitação das liberdades imediatas. Isso inclui todo um aprendizado ao qual as vontades naturais devem ser submetidas, com o objetivo de se educarem para o universal. Daí a sugestiva afirmação do filósofo alemão: "a pedagogia é a arte de fazer dos homens seres éticos" (FD § 151). Isso significa ensiná-los a serem livres nas instituições sociais, isto é, fazer com que aprendam a mediar suas vontades.

O maior desafio que se coloca para a eticidade refere-se à possibilidade e à necessidade de conciliar as liberdades individuais com a vontade universal. Para isso se impõe uma mútua restrição entre direitos e deveres. Escreve o autor: "por meio do ético, o homem tem direitos, na medida em que tem deveres, e deveres, na medida em que têm direitos" (FD § 155). Só pode ter deveres quem tem ao mesmo tempo direitos. Só o homem livre pode ter deveres, porque só ele tem direitos.

A família

Quais são as instâncias mediadoras por meio das quais a eticidade se realiza? Como o princípio da liberdade se concretiza nas instituições sociais? Esse movimento de desdobramento se dá desde uma relação

ética imediata – a família – até o momento sintético, o da substancialidade ética – o Estado. A família representa o início do processo de mediação e concretização da liberdade. A pessoa passa a ser considerada "membro de" uma instituição: uma pequena comunidade ética. A criança aprende a mediar sua vontade; aprende o que é um "não" e com isso aprende a respeitar regras, princípios e valores. Significa dizer que se o Estado vai mal é porque a família vai mal.

A família é constituída por três momentos: o casamento, a propriedade familiar e a educação dos filhos.[7]

O casamento é uma "relação ética imediata", afirma o autor. O que significa isso? Onde está o aspecto ético do matrimônio? Temos de distinguir dois pontos de partida: um subjetivo – a inclinação particular, o sentimento – outro objetivo – o "livre consentimento" entre as duas pessoas. O ético do casamento está nesse segundo momento; isto é, está na unidade com o todo, mediante a união com uma pessoa. O reconhecimento recíproco de duas vontades é o ponto de partida para a construção de uma substancialidade ética. Por isso a família é a base ética do Estado. O processo de mediação de vontades e, portanto, também de suas limitações, inicia-se na família. Isso mostra que o casamento não pode ser considerado apenas no seu aspecto físico – o sentimento. Seria fundá-lo num aspecto puramente contingente. Ele também não é um simples contrato, pois isso seria permanecer no nível do Direito abstrato, já superado pela moralidade e eticidade. Ele deve determinar-se como "amor jurídico-ético", isto é, no amor mediado e reconhecido. O laço ético do casamento ocorre com a "declaração solene do consentimento" e o "correspondente reconhecimento do mesmo pela família e comunidade" (FD § 164). Por isso sua celebração é pública, pois visa a obter da comunidade reconhecimento e proteção. O consentimento é expresso

[7] Sobre esse assunto ver Weber, 2009, cap. VI.

CATOLICA-BIBLIOTECA

pela linguagem como forma de manifestação objetiva da vontade e que obtém, da comunidade, o devido reconhecimento. A eticidade funde-se na vontade objetivada e reconhecida e não na vontade imediata e particular. O sentimento, não reconhecido, é uma indeterminação e, enquanto tal, insuficiente para instituir o casamento. O ético está acima das contingências desse sentimento e das inclinações particulares. Para Hegel, o casamento é monogâmico porque o consentimento envolve a totalidade da personalidade. Quem escolhe, deixa; quem afirma, nega.

Além do consentimento, a propriedade familiar é outro elemento constitutivo do casamento. O que era propriedade particular passa a constituir-se propriedade familiar. Representa a realidade externa e objetiva da família. Forma-se assim uma nova "pessoa jurídica", cujo fundamento é o amor ético. Este não é um sentimento, nem um contrato, mas reconhecimento e consentimento (de duas vontades e da comunidade).

O matrimônio completa-se na educação dos filhos. Estes representam a "unidade espiritual da família". É nela que se inicia a disciplina, isto é, a formação da consciência do universal. A disciplina visa a realizar a passagem da liberdade natural e imediata para a liberdade mediada e reconhecida. Escreve Hegel: "aquilo que o homem *deve ser* não o é por instinto, mas deve adquiri-lo" (FD § 174. O grifo é nosso). As vontades individuais precisam ser educadas para que a confiança e a obediência se tornem o fundamento da vida ética.

A sociedade civil

O segundo momento da eticidade é formado pela sociedade civil e suas corporações. Uma diversidade de interesses e habilidades é o que marca a maioridade dos filhos na família. A satisfação desses interesses e a realização dessas habilidades requerem a saída dos filhos da

relação estritamente familiar e a procura das instituições da sociedade civil. Nesta o indivíduo é considerado "membro da cadeia que constitui o conjunto" (FD § 187). O problema maior diz respeito à conciliação dos interesses particulares das pessoas, pela mediação e satisfação do interesse dos outros. É fácil de perceber que isso torna essa sociedade um lugar de conflitos e contradições. Administrá-los é o grande desafio. É por isso que a administração da justiça é atribuição da sociedade civil, não do Estado. A aplicação da lei positiva, originária do poder Legislativo, é atribuição dessa sociedade, lugar por excelência da mediação das vontades livres.

O resultado dessas instâncias mediadoras que aparecem como "meios para os indivíduos" são as classes e as corporações. É o "sistema de necessidades" e sua satisfação que levam os cidadãos à organização das associações. Os indivíduos unem-se para melhor satisfazer seus interesses. Isso requer mediação das vontades, por meio do trabalho de todos. O cidadão tem "honra profissional" na medida em que for membro de uma corporação, determinado por um específico ofício. Normas de comportamento resultam disso. Daí serem as corporações a segunda raiz ética do Estado. O que distingue, contudo, propriamente, a sociedade civil do Estado?

É preciso entender que a sociedade civil é o "estado exterior" ou o chamado "estado da necessidade e do entendimento". O Estado, na concepção hegeliana, não existe sem uma sociedade civil organizada em classes e corporações. Bobbio, interpretando Hegel, esclarece: a sociedade civil é "o conjunto das 'esferas particulares' em que os indivíduos estão unidos entre si ou se associam para obter fins particularistas"; o Estado é "a organização do poder político, isto é, do poder que persegue fins universais" (Bobbio, 1991, p. 152). Concretamente, um banco de iniciativa privada que entrar em crise financeira deve ser socorrido pelo Estado? A resposta de Hegel é não, pois ele não é o fim universal. A

função do Estado é zelar pela segurança, a vida, a saúde, a educação e a moradia. Estes são fins universais. Socorrer banco falido é um problema da sociedade civil, de seus sócios, corporações e clientes. Cabe a eles exercer a devida fiscalização.

É fundamental observar a evolução das instâncias mediadoras pelas quais a pessoa do direito realiza sua liberdade: no direito abstrato o ponto e partida é a pessoa enquanto capacidade legal; a moralidade trata da pessoa como sujeito; na família e na sociedade civil o foco é o cidadão. Assim, pessoa, sujeito e cidadão constituem níveis ou *status* de mediação e concretização (contextos) da vontade livre.

O Estado ético

No movimento de concretização e realização da liberdade, o Estado é a última instância mediadora. Hegel faz uma justificação do Estado como o espaço político garantidor da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, individuais e sociais. Não se pode separá-lo, no entanto, da família e da sociedade civil. Aí estão suas bases éticas. A grande questão que se coloca é esta: Nesse movimento de mediações, as vontades e interesses particulares dos cidadãos podem ser sacrificados ou devem permanecer como superados e conservados num universal representado pelo Estado? Os direitos e liberdades fundamentais individuais podem ser enfraquecidos em nome do bem comum? Não se corre o risco de justificar um Estado totalitário?

Uma leitura atenta dos textos de Hegel inclui uma correta compreensão do movimento dialético do seu sistema, ou seja, tese e antítese devem ser igualmente conservadas na síntese. Uma não pode ser enfraquecida em nome da outra. Isso significa que o Estado não pode eliminar direitos; deve conviver com a diversidade, administrar contradições, mas não eliminá-las. Alguns parágrafos clássicos da Filosofia

do Direito dão conta da necessidade da verdadeira conciliação entre interesses particulares e interesses coletivos, isso em nome do interesse público, realizando, assim, a liberdade como princípio orientador de toda a estrutura jurídica e social. O parágrafo 260 é sugestivo quando afirma: "A liberdade concreta consiste em que a individualidade pessoal e seus interesses particulares tenham seu total desenvolvimento e o reconhecimento de seu direito (no sistema da família e da sociedade civil) [...]. O universal, representado pelo Estado, realiza-se através do particular e este através do universal". Em outro parágrafo, continua o autor: "O Estado, enquanto algo ético, enquanto integração do substancial e do particular implica que minha obrigação a respeito do substancial seja ao mesmo tempo a existência de minha liberdade particular, quer dizer, nele [no Estado], dever e direito estão unidos numa e mesma relação" (FD § 261). O Estado visa realizar e concretizar a liberdade e, dessa forma, efetivar a justiça. A mútua restrição de direitos e deveres permite a instauração de uma substancialidade ética. É claro que isso implica limitações. Não há liberdade ilimitada. O imediato (vontade imediata), ao mediar-se (com outras vontades), se universaliza, mas este universal representado pela família, as corporações e o Estado, é o particular mediado e reconhecido. Inclui, pois, afirmações e negações. Uma leitura de uma concepção totalitária do Estado está descartada, pois o parágrafo 261 mostra bem como num Estado ético, substancial e particular estão superados e guardados na síntese do movimento dialético da ideia da liberdade. Direitos e deveres "estão unidos na mesma relação".

Além do mais, é preciso ter presente que o Estado hegeliano é um Estado estamental. Um povo não organizado em estamentos não é Estado, mas multidão, massa. Sua função é exercer a mediação entre o governo e o povo. A participação dos cidadãos se dá, pois, por meio dos estamentos e das corporações. O cidadão é membro do Estado sendo membro de uma corporação; participa das decisões públicas participando das "assembleias dos estamentos". Weil, interpretando Hegel,

escreve: "o direito do indivíduo só se realiza dentro de uma organização supra-individual" (Weil, 1985, p. 43). Num Estado eticamente correto o cidadão, ao cumprir com seus deveres, deve encontrar a satisfação de seus próprios interesses, de tal sorte que "a coisa pública venha a tornar-se sua própria coisa particular" (FD § 261).

Pode-se observar que o Estado coloca-se como condição de possibilidade da liberdade política, como garantia da realização dos direitos e liberdades fundamentais. Isso descarta a possibilidade da interpretação de que a Filosofia do Direito traz em si "consequências antidemocráticas", no sentido de que os direitos e liberdades individuais estejam "subordinados à autoridade ética do Estado" (Honneth, 2007, p. 48). Honneth chama isso de "preconceito" para com a Filosofia do Direito de Hegel. O parágrafo 261, citado, e outros desmentem aquele preconceito: "A liberdade concreta consiste em que a individualidade pessoal e seus interesses particulares tenham seu total desenvolvimento e o reconhecimento de seu direito (no sistema da família e da sociedade civil)" (FD § 260). Se o Estado pretende realizar essa "liberdade concreta", deve dar garantias da efetivação dos direitos e liberdades nas instâncias mediadoras que são as instituições da eticidade: a família e as corporações.

A fundamentação ética da Constituição

Quando aborda o "direito político interno", Hegel expõe uma questão oportuna: Quem deve fazer a Constituição de um Estado? A resposta o leva a uma melhor explicitação da concepção de Estado e dos poderes a ele inerentes. A pergunta fica, no entanto, supérflua quando se considera sua concepção não formal de Constituição, isto é, quando se avalia sua base ética. Significa dizer que ela já está, de certa forma, sempre feita, tendo em vista estar vinculada ou ser resultado do próprio "espírito de um povo". Este é constituído pela sua história, suas origens, sua cultura, seus costumes e hábitos. Nesse caso, fazer uma Constituição

seria "fazer" o próprio espírito do povo. Ora, este não se faz propriamente, mas se constitui de forma lenta e gradual. Esta é a base ética sobre a qual se sustenta uma Constituição. É fundamental perceber que o Estado não é uma simples "multidão atomística de indivíduos reunidos", mas uma totalidade orgânica (FD § 273). Pressupõe uma identidade ética. A concepção positiva de Constituição tem isto como ponto de partida, o que revela que Hegel não é um contratualista, tal como Hobbes, Locke e Rousseau. O Estado não é um contrato social. Já nascemos dentro dele.

Esta primeira indicação da concepção de Constituição esclarece que todos os Estados têm uma Constituição (no sentido de "formação política"), embora possa não ser escrita. "Cada povo tem a Constituição que lhe convém e lhe corresponde", afirma Hegel (FD § 274). Disso resulta que não se pode copiar simplesmente uma Constituição de outro povo. Os espanhóis recusaram a Constituição que Napoleão lhes dera, pois lhes era algo "estranho", exemplifica o autor. "A Constituição de um determinado povo depende do modo e da formação de sua autoconsciência" (FD § 274). E isso é um processo contínuo e informal.

Hegel, dessa forma, tal como argumenta Bobbio, tem um "conceito ético-político" da Constituição. A garantia de sua existência é o espírito do povo. Indica que o Estado não é um contrato social, um "produto artificial", para usar a expressão de Bobbio; é uma "totalidade ética"; é sempre um povo e não uma simples associação de indivíduos; é algo "organizado" e o "princípio da organização estatal é precisamente a Constituição" (Bobbio, 1991, p. 98). Como o Estado hegeliano pressupõe uma sociedade civil organizada em classes, a Constituição representa a unificação e organização dessa sociedade dividida em classes.

Essa concepção ético-política de Constituição assinala que Hegel vai muito além de uma concepção estritamente jurídica do Estado. A ideia de espírito do povo mostra bem isso. A lei é a expressão jurídica

da vontade do Estado e a garantia de sua existência é a sua força, no entanto a garantia da existência da Constituição é, em última instância, o espírito do povo. Ela deve, pois, expressar este espírito, isto é, sua cultura e sua história. Só assim será aceita. Fica claro que ela não é um ato formal, como é o caso da lei. Ela é "produto de uma criação contínua e informal" (Bobbio, 1991, p. 105).

Para evitar uma leitura meramente nacionalista do Estado hegeliano é preciso lembrar que, conectado ao espírito do povo, está o "espírito do tempo". Este é constituído por princípios e valores passíveis de justificação pública e universal e que ultrapassam os limites circunscritos pelos costumes, hábitos, tradições e a história de um determinado povo. Afeta as relações entre todos os povos. Significa dizer que uma boa Constituição deve gradualmente adaptar-se ao espírito do tempo. Aliás, é este que motiva a mudança daquela. Bobbio afirma, interpretando Hegel, que "o espírito do tempo representa o princípio da mudança" e o espírito do povo o "princípio de continuidade" (1991, p. 108). Assim, para ser eficaz, uma Constituição, além de corresponder ao espírito do povo, deve adaptar-se ao espírito do tempo. Isso mostra que a Constituição positiva, resultante dessa base ética, é um documento aberto, sujeito as grandes transformações históricas. Indica também, o quanto Hegel se distancia do positivismo jurídico inaugurado por Kant e seguido por Kelsen.

O mérito de Hegel, para além do constitucionalismo moderno e do positivismo jurídico de inspiração kantiana, está em ter desenvolvido e justificado uma fundamentação ética para a Constituição de um Estado; de ter vinculado a normatividade constitucional a uma base ética. O positivo e formal tem sua base no não normativo e não formal: o *ethos* de um povo. É, portanto, forte a ideia do Estado-Nação. Estamos na origem do comunitarismo.

Quanto aos poderes do Estado deve-se salientar que, embora Hegel admita a divisão proposta por Montesquieu, o poder Judiciário é de competência da sociedade civil. É ela a responsável pela "administração da Justiça". São, pois, poderes do Estado, o poder do príncipe, o poder de governo e o poder Legislativo. Os dois primeiros constituem o poder Executivo. O monarca é uma espécie de personificação do Estado. Como chefe de Estado representa o "eu quero" mais universal, pois tudo o que chega a ele passou pelo processo de mediação das instâncias representativas. É o que dá o último "sim" e "coloca o ponto sobre o i" (FD § 280). Seu poder, no entanto, está limitado ao que passa pelo processo de representação política dos estamentos. Ao poder de governo cabe a divisão das tarefas, com o objetivo de manter a organicidade do todo. Tem papel decisivo no exercício da atividade pública, na qual os interesses coletivos se sobrepõem aos interesses pessoais. Para frear o abuso do poder é prevista, além da formação ética e profissional, a atuação das corporações e da opinião pública. O poder Legislativo tem sua base de sustentação na Constituição. Como esta se fundamenta no "espírito do povo", suas transformações são lentas e graduais. A estabilidade das leis indica que um Estado atingiu certo nível de consciência política e, portanto, suas instituições são sólidas.

Estado e História

Sob o título "o direito político externo" Hegel comenta, com muita ênfase, a dependência dos Estados para com o juízo da História. O intuito é responder às questões: Quem julga os Estados? Quem está acima deles com autoridade para fazer esse juízo? Como totalidades autônomas e independentes, as relações entre os Estados se dão em meio a constantes conflitos e contradições. Os tratados e organizações internacionais não apresentam garantias suficientes. Os princípios dos espíritos dos povos apresentam estreitos limites. Direitos fundamentais

são constantemente violados. Para o filósofo alemão não há um "pretor" que possa servir de árbitro, pois "o único pretor supremo é o espírito universal [...]: o espírito do mundo" (FD § 339). Este pretende preencher uma espécie de vazio entre as relações dos Estados que visam a atingir seus interesses particulares. O fato de os Estados estarem "expostos à contingência", isto é, a conflitos e injustiças, requer um árbitro além deles – o tribunal da História. O espírito do mundo, também chamado de "espírito universal", exerce sob os Estados históricos uma espécie de direito supremo. Sobre eles a História representa, a médio e a longo prazos, um juízo de valor. A História é o tribunal do mundo, ou seja, o único juiz dos Estados é a História do mundo e o critério é o seu resultado, o seu desenvolvimento. Isso passa pela formação da consciência da liberdade de um povo e de sua realização. A divisão da História, em vez de ser cronológica, deveria considerar este critério.

A comparação entre os Estados permite analisar as garantias oferecidas com o intuito de concretizar o princípio da liberdade, adotado como fundamento de toda a estrutura jurídica, política e social. Se o espírito de um povo (sua cultura, sua história e seus costumes) violar algum dos direitos humanos, o espírito universal está aí para exercer seu julgamento, uma vez que é constituído por princípios e valores passíveis de justificação universal. Se, por exemplo, um determinado país condenar uma mulher ao apedrejamento por ter cometido adultério, o espírito universal, representado pelo Direito Internacional, não permitirá esse tipo de violação dos direitos humanos. A referida pena pode estar de acordo com o espírito daquele povo, mas não está de acordo com o espírito universal do tempo. Foi assim que aconteceu com o "Tribunal de Nuremberg", depois da Segunda Guerra Mundial, e que devia ocorrer com todos os crimes contra a humanidade. Pode-se observar que o desafio da História da humanidade é concretizar o princípio da

liberdade mediante sua organização social e política. Para Hegel, como bom idealista, esta concretização pressupõe a consciência da liberdade. Povo que não sabe que é livre, não será livre.

É importante destacar que o Estado é, efetivamente, a instância de realização da substancialidade ética. Esta é o resultado do processo de mediação das vontades livres e do devido reconhecimento recíproco em meio às instituições sociais. A História da humanidade tem sido a tentativa de concretização dos direitos e liberdades fundamentais individuais e sociais. Estes são conquistas da História. Diante disso não é mais possível justificar qualquer forma de escravidão. O filósofo alemão faz uma veemente justificação do Estado. A história das determinações da liberdade nada mais revela do que as fases da realização do dever-ser do Estado. Se, com ele, a convivência social é difícil, muito pior sem ele.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. *Estudos sobre Hegel:* direito, sociedade civil, Estado. 2. ed. São Paulo: Brasiliense; Unesp, 1991.

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HONNETH, A. *Sofrimento de indeterminação:* uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

D'HONDT, Jacques. *Hegel, filósofo de la historia viviente*. Buenos Aires: Amourrort Editores, 1966.

URDANOZ, T. *Historia de la Filosofia*. Madrid: BAC, 1995. Vol. IV.

VALCÁRCEL, Amélia. *Hegel y la Ética*. Barcelona: Anhropos, 1988.

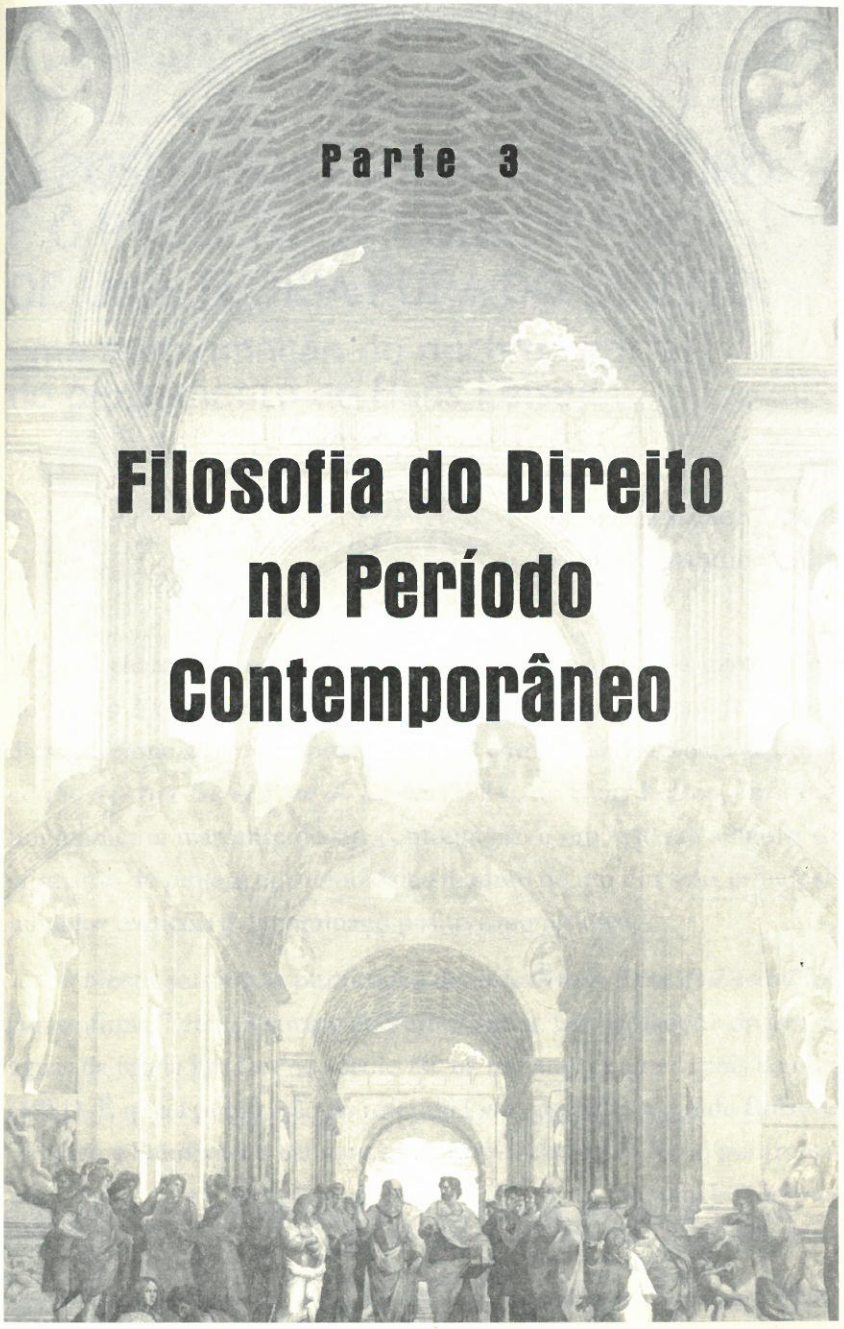
WEBER, Thadeu. *Hegel:* liberdade, Estado e história. Petrópolis: Vozes, 1993.

CATOLICA-BIBLIOTECA

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política:* Hegel e o formalismo kantiano. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

_____. *Ética e filosofia do Direito:* autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.

WEIL, Eric. *Hegel et l'Etat.* 6. ed. Paris: Vrin, 1985.



Parte 3

Filosofia do Direito no Período Contemporâneo

O POSITIVISMO JURÍDICO MADURO E O PROJETO DE CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA PURA DO DIREITO:

uma aproximação do núcleo central do pensamento de Hans Kelsen

Doglas Cesar Lucas
Gilmar Antonio Bedin

A chamada teoria jurídica contemporânea alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra *Teoria Pura do Direito* (1984), de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o denominado positivismo jurídico.[1]

Neste sentido, a publicação da obra *Teoria Pura do Direito* foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e um depois da obra (1981). É que a publicação do referido livro equivale, segundo Rolando Tamayo y Salmorán, a elaboração da *Crítica da Razão Pura*, por Immanuel Kant, para a filosofia em geral (1974). Esta relevância histórica

[1] Sobre os principais aspectos do positivismo jurídico pode ser visto, entre outros, Bobbio (1995).

justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato da obra em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra *Teoria Pura do Direito* foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena (Métall, 1974) e deu uma identidade comum aos seus diversos participantes. De fato, todos os envolvidos nas atividades acadêmicas lideradas por Hans Kelsen (Adolf Merkel, Alfred Verdross, Joseph Kunz, Leonidas Pitanic, Luis Legaz y Lacambra, Rudolf A. Métall, etc.) partilhavam da convicção que era necessária a formulação de uma verdadeira ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência "purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto" (Kelsen, 1984, p. 7).

A pretensão da Escola de Viena era, então, elevar a ciência do Direito ao *status* de uma verdadeira ciência (uma genuína ciência do espírito). Neste sentido, a intenção dos integrantes da Escola era aproximar tanto quando possível a ciência do Direito do ideal de toda a ciência digna deste nome: ser um saber descritivo, objetivo e exato de um determinado objeto (as normas jurídicas em vigor). Assim, é possível destacar que o seu postulado metodológico fundamental era o da pureza científica e que seu objeto deveria se restringir exclusivamente ao Direito Positivo (Kelsen, 1984). Estes são os dois postulados fundamentais do positivismo maduro em sua formulação mais atualizada.

O POSITIVISMO JURÍDICO MADURO E SEU NÚCLEO CENTRAL

A trajetória histórica do positivismo jurídico tem já um longo caminho e sempre esteve relacionada, e em oposição, com a chamada doutrina do Direito natural ou jusnaturalismo. Enquanto esta se pre-

ocupa fundamentalmente com o tema se o Direito é justo ou não, o positivismo jurídico voltou suas energias para a questão da compreensão das condições de validade do Direito (da obrigatoriedade do Direito). Desta forma, o jusnaturalismo sempre se preocupou com a dimensão deontológica do Direito (com a questão de seu sentido, de sua justiça) e o positivismo dedicou sua atenção para a questão ontológica (a questão do ser do Direito, de sua forma).[2]

Esta caracterização geral do positivismo nos ajuda, contudo, no atual contexto, apenas em parte na identificação do núcleo central da referida corrente teórico-filosófica da Ciência do Direito. É que a expressão "positivismo jurídico" é utilizada, muitas vezes, mas nem sempre de forma precisa e no exato sentido que possui a sua versão madura, para designar cinco teses específicas. Estas teses são as seguintes:

a) Tese que o Direito é igual à lei (para os positivistas, direito seria reduzido à lei positiva vigente em sentido específico);

b) Tese da obediência cega à lei (para os positivistas, o conteúdo da lei, mesmo na condição de cidadão, é sempre irrelevante);

c) Tese da aplicação da lei como um processo lógico-dedutivo (segundo os positivistas, o juiz, ao aplicar a lei, é neutro e imparcial e que a decisão judicial é um processo de subsunção);

d) Tese da possibilidade de construção de uma ciência exata e rigorosa do Direito (para os positivistas, é possível construir uma ciência no sentido das ciências tradicionais);

e) Tese de que o Direito é válido independentemente de ser justo ou não (para os positivistas, é possível definir o Direito a partir de sua validade, sem recorrer ao valor justiça, pois este é sempre subjetivo e, por isso, relativo).[3]

---

[2] Sobre o tema pode ser vista a obra *Teoria Geral do Direito* (Bobbio, 2007).

[3] Relação de teses semelhantes pode ser encontrada na obra *En defesa del positivismo jurídico* (Hoerster, 2000).

As três primeiras não são teses propriamente positivistas (pelo menos não de defensores de uma versão minimamente amadurecida do positivismo jurídico moderno).[4] De fato, identificar o Direito com a lei é um raciocínio muito elementar, pois o Direito também pode se expressar de outras formas, como por meio dos costumes e das decisões judiciais. Nesse sentido, merece destaque que o sistema da *Common Law* (Direito existente, entre outros, na Inglaterra e nos Estados Unidos) é, por exemplo, baseado em precedentes judiciais e nem por isso deixa de ter grandes representantes do positivismo jurídicos.[5] O mesmo ocorreu durante boa parte da trajetória histórica do Direito Internacional (que foi um Direito predominantemente costumeiro) e que, nem por isso, deixou de ser considerada uma ordem jurídica pelos principais representantes do positivismo jurídico.[6]

A segunda tese é fruto de um equívoco, de um erro de interpretação. O que isto significa? Significa que a afirmação positivista de que o Direito é válido independente do conteúdo foi mal-entendida. O que o positivismo jurídico afirma, de fato, é que a Ciência do Direito (ou a Teoria do Direito) deve se preocupar apenas (se quer ser uma ciência exata e rigorosa) com a validade do Direito, com sua estrutura formal, e não com o seu conteúdo (cientificamente, o direito não pode ser definido pelo seu conteúdo). O conteúdo do Direito deve ser, contudo, debatido, seja do ponto de vista da Política do Direito ou de uma Teoria da Justiça. Assim, é possível afirmar que o conteúdo das normas é relevante para o positivismo jurídico (ao contrário do que, às vezes, se pensa), mas esta preocupação não é objeto da ciência do Direito: esta se preocupa apenas com as normas válidas, as normas em vigor. Além disso é importante, para muitos positivistas, que as pessoas exerçam sua cidadania e, desta forma, questionem os conteúdos do Direito (se ele é autoritário ou democrático; se ele é justo ou injusto). Este questionamento é compatível com o posicionamento científico do positivismo jurídico e faz parte daquilo que Hans Kelsen define como emissão de juízos de valor.

[4] Estas três primeiras teses formam aquilo que Noberto Bobbio (1995) denomina de ideologia positivista (ou positivismo ético). Esta ideologia é muito mais uma invenção dos adversários do positivismo jurídico ou de algum positivista de senso comum do que uma proposta teórica defendida de forma consciente por qualquer representante mais sólido do positivismo jurídico. Algumas destas teses podem ser encontradas, contudo, no pensamento de Thomas Hobbes (1988), que é um autor intermediário entre o jusnaturalismo e o positivismo nascente.

[5] São exemplos John Austin (2002) e Herbert Hart (1986), apenas para citar os dois autores mais conhecidos. Sobre o pensamento destes autores pode ser consultado, entre outros livros importantes, a obra de Adrian Sgarbi (2009).

[6] Ver, por exemplo, a obra *Princípios do Direito Internacional* (Kelsen, 2010).

A terceira tese é fruto, em boa medida, do embate político travado entre Napoleão Bonaparte (e sua ideia de que o Código Civil francês de 1804 não deveria ser interpretado) e a aristocracia francesa daquele período histórico. É que Napoleão Bonaparte queria, diante do fato de que a maioria dos juízes daquela época era membro da aristocracia, restringir os seus poderes: daí a ideia de que o juiz deve apenas aplicar a lei e, em hipótese alguma, criar Direito. Esta não é uma tese propriamente do positivismo jurídico, mas da chamada Escola de Exegese. Para Hans Kelsen, por exemplo, as normas gerais conformam uma grande moldura, dentro da qual o juiz (político do direito) pode optar entre as várias possibilidades existentes. A decisão do juiz será, no caso concreto, considerada uma norma individual e que, portanto, aplica-se apenas ao caso que está sob sua apreciação.

As outras duas teses (a ciência do Direito é uma ciência exata e rigorosa e a validade do Direito é independente de sua justiça ou injustiça) formam, por outro lado, o núcleo central do positivismo jurídico maduro. O seu grande expoente é o jurista austríaco Hans Kelsen. A tese que a ciência jurídica é uma ciência rigorosa pressupõe que as

BIBLIOTECA

tarefas do cientista e do político do Direito (ou do filósofo do Direito)[7] são claramente diferenciadas. O cientista deve afastar tudo o que não é estritamente jurídico e considerar relevante (seu objeto) apenas o Direito válido (sem qualquer consideração valorativa). Assim posicionado, o cientista do Direito conseguirá fazer (segundo os defensores do positivismo jurídico) uma ciência que seja isenta de considerações políticas e das projeções morais dos grupos sociais existentes e, em consequência, garantirá sua exatidão e seu rigor (restando a preocupação apenas, portanto, com os elementos formais da experiência jurídica; seus elementos universais e, em certo sentido, os elementos constantes de sua longa trajetória histórica).

Desta forma, fica evidente que o trabalho do cientista é, portanto, diferente do trabalho do político ou filósofo do Direito. O trabalho destes deve questionar o Direito vigente e indagar sobre seus valores (o trabalho do cientista não: ele deve descrever o Direito existente, o Direito válido). Isto é, o político ou o filósofo do Direito deve perguntar sobre o Direito existente: Este Direito é um Direito democrático? Este Direito é um Direito justo? Este Direito é um Direito representativo da sociedade? São todas questões importantes para os representantes do positivismo jurídico, mas não são relevantes para a ciência do Direito em sentido estrito (ou para a Teoria Pura do Direito de Kelsen).

A tese que o Direito é válido independente de seu conteúdo ser justo ou não é também fundamental para o positivismo jurídico. Isto significa que para o positivismo jurídico o Direito Positivo é um direito autônomo, autossuficiente, e que, portanto, não se submete ao critério de valoração de um suposto Direito ideal (extraído do cosmos, no caso do Direito natural cosmológico, típico do mundo antigo; de Deus, do Direito natural teológico, típico da Idade Média; ou da natureza humana,

[7] Aqui em sentido estrito, como juristas preocupados com uma teoria da justiça.

no caso do Direito natural antropológico, característico do início do mundo moderno). O Direito é válido quando criado de acordo com a norma fundamental (que pode ser a primeira Constituição histórica de um país ou uma norma hipotética pressuposta pelo pensamento) do respectivo sistema jurídico. O objeto da Ciência Jurídica é, portanto, o Direito válido, aquele em vigor: não um Direito ideal e nem um Direito que assim deveria ser considerado porque o seu conteúdo é justo. Desta forma, o único Direito que existe, para o positivismo jurídico, é o Direito Positivo (válido).

O núcleo central do positivismo jurídico maduro é, em poucas palavras, que a ciência do Direito é uma ciência exata e rigorosa e que o seu objeto é apenas o Direito Positivo em vigor (ou seja, o Direito formalmente válido). O formulador mais claro deste modelo foi o jurista austríaco Hans Kelsen.

HANS KELSEN: Vida e Obra[8]

Hans Kelsen nasceu em Praga,[9] em 11 de outubro de 1881, no seio de uma família judia. Seu pai chamava-se Adolf Kelsen (nascido em Brody)[10] e sua mãe Auguste Löwy (nascida na Boêmia).[11] Adolf e Auguste tiveram quatro filhos (por ordem de nascimento): Hans, Ernest,

[8] As informações constantes neste subitem foram extraídas, entre outras obras de referência, dos seguintes livros sobre a vida de Hans Kelsen: Rudolf Aladár Métall (1976), Aurélio Wander Bastos (2003), Hans Kelsen (2011) e Gregório Robles (2014).

[9] A cidade, na época do nascimento de Hans Kelsen, pertencia ao Império Austro-Húngaro (1867-1918).

[10] Hoje, Brody pertence à Ucrânia.

[11] Hoje, parte da Áustria.

CATÓLICA-BIBLIOTECA

Gertrude e Paul Friedrich. Quatro anos após o nascimento de Hans Kelsen a família mudou-se para Viena.[12] Foi nesta cidade que Hans Kelsen se radicou e se transformou no maior jurista do século 20.

A mudança referida foi, de fato, fundamental para Hans Kelsen. A cidade de Viena, como centro do Império Austro-Húngaro, tinha uma vida cultural diferenciada (convergência de vários povos) e se constituiu numa fonte de inspiração determinante para o jovem Hans Kelsen, marcando para sempre a sua forma de olhar para o mundo. Neste sentido, lembra Kurt G. Bayer, que se formos analisar

> a raiz de sua personalidade, pode-se afirmar que Kelsen, sem dúvida, representa o resultado do desenvolvimento que teve lugar na Europa central; Kelsen é um produto humano típico da variedade espiritual e artística do século 19 vienense, no qual, sobre a base e a concentração espiritual de vários povos misturados, surgiram empreendimentos extraordinários e apareceram personalidades inovadoras (2005, p. 217-218).

Por isso, é possível afirmar que Hans Kelsen é, antes de mais nada, um vienense típico. A sua personalidade é marcada pela universalidade típica de uma vivência cosmopolita, pela propensão para a amabilidade e para o respeito à diversidade de manifestação do pensamento e por um grande amor às artes, à música e à literatura que Viena oferecia (Bayer, 2005). Nesse sentido, a vida e a obra de Hans Kelsen não só mostram que, como homem e como cientista, ele incorporou a herança da cultura vienense (que esteve sempre presente durante toda a sua vida), como também foi capaz de impulsionar o autor a enfrentar as adversidades da vida e a abrir novos "caminhos no terreno científico e a

[12] Então capital do Império Austro-Húngaro.

participar, de forma decisiva, na configuração de um novo patrimônio de idéias jurídicas" (Bayer, 2005, p. 218). Por isso, ele sempre é apresentado como o criador da Escola de Viena.

Se estas marcas culturais estão claras, as informações sobre a infância e a adolescência de Hans Kelsen não são muito evidentes. O que se sabe é que o autor passou por várias dificuldades econômicas (seu pai – um pequeno empresário – nunca teve muitos recursos) e que foi um aluno apenas regular. Isto fez com que, por exemplo, o jovem Hans Kelsen fosse retirado por seus pais da Escola Evangélica de Viena (escola paga de boa qualidade na qual os melhores alunos tinham bolsas e, portanto, eram liberados do pagamento das mensalidades) e colocado numa escola pública. Apesar disso, Hans Kelsen conseguiu ser aprovado, em 1891, para o famoso Ginásio Acadêmico de Viena e começou a demonstrar interesse pela Filosofia, Literatura, Física e Matemática (Robles, 2014).

Foi também neste mesmo período que o jovem Kelsen (então, com 16 anos) estabeleceu uma sólida vinculação com a poesia e com Filosofia idealista (que se manteria por toda a sua vida). Em relação à poesia, os amigos lembram que ele, mesmo em idade avançada, escrevia e recitava poemas de cor e que tinham "um valor que ia além das simples rimas da juventude" (Bastos, 2003). No que se refere à Filosofia idealista, a leitura da obra de Kant foi decisiva.[13] A partir deste autor, ele descobriu que a realidade exterior é problemática (e isto foi emocionalmente perturbador para Kelsen). A descoberta, contudo, foi confirmada pelo aprofundamento das leituras da obra de Kant e com a assimilação de que é o sujeito que cria o objeto no processo do conhecimento. Estas

[13] Depois da leitura das obras de Arthur Schopenhauer.

lições deram mais consciência ao autor e o aproximaram ainda mais da Filosofia. Daí a sua inclinação, no final do ginásio, para estudar Filosofia, Matemática e Física (Kelsen, 2011).

Esta inclinação, contudo, não foi efetivada: o jovem Kelsen acabou matriculando-se na Faculdade de Direito. A opção feita pela Faculdade de Direito ocorreu, como lembra o próprio autor, por duas circunstâncias práticas (Kelsen, 2011). A primeira foi que, imediatamente depois das provas de conclusão, a autor fez um ano de serviço militar voluntário e isto significou uma ruptura completa com sua forma de pensar (as preocupações com as questões teóricas foram substituídas pelas questões corporais e práticas) e isto o direcionou para a Faculdade de Direito. A segunda circunstância é que Hans Kelsen nunca conseguiu se imaginar sendo professor da escola preparatória (ensino básico) e era este o caminho de quem se formava na Faculdade de Filosofia. Assim, foi por razões pragmáticas que Hans Kelsen ingressou na Faculdade de Direito (Kelsen, 2011).

O ingresso na Faculdade de Direito não correspondeu, inicialmente, às expectativas construídas por Hans Kelsen. De fato, lembra o autor, em sua autobiografia, que as primeiras aulas a que assistiu na Faculdade de Direito lhe causaram uma amarga decepção. Isto ocorreu por que

> o romanista Czihlarz ensinava direito romano sem levar em conta a relação deste com a cultura antiga ou sua importância para a sociedade do nosso tempo. Logo descobri que, ao estudar seu manual, eu podia assimilar em poucas semanas o que ele levaria um semestre inteiro para expor em uma elocução não muito vivaz. O germanista Zallinger era um orador incomumente ruim. Era visível que ele falava somente mediante grande esforço. Ouvi-lo era uma verdadeira tortura. Sigmund Adler, que ensinava história do direito austríaco, era uma figura cômica. Depois de pouco tempo desisti de assistir à maioria das aulas e voltei-me para a leitura de obras filosóficas (2011, p. 40).

Esta inclinação de Hans Kelsen foi reforçada pela convivência com o seu amigo Otto Weininger (dois anos mais velho que Kelsen e que, na época, já trabalhava em sua tese de Doutorado). A personalidade, o sucesso da obra e o destino trágico do amigo Otto Weininger (ele cometeu suicídio com pouco mais de 23 anos de idade) tiveram grande influência sobre o autor e sua opção pelo trabalho científico. Esta opção foi reforçada pela percepção de que não havia ainda, na Faculdade de Direito de Viena, uma "Ciência Jurídica sustentada sobre um método rigoroso. Ao contrário, as diversas disciplinas se caracterizavam por mesclar enfoques diferentes" (Robles, 2014, p. 25).

Neste sentido, percebia o jovem Hans Kelsen que os docentes da Faculdade de Direito apresentavam argumentos em suas aulas e seus livros de diversos tipos, isto é, juntavam argumentos estritamente jurídicos (ou normativos) com argumentos históricos, sociológicos, econômicos, filosóficos e teológicos, sem esquecer, inclusive, de argumentos biológicos (Robles, 2014). Este quadro pareceu a Kelsen absolutamente inaceitável e foi o elemento decisivo que o impulsionou para a busca de forma incessante da elaboração de uma verdadeira ciência do Direito (com método e objeto próprios).

Nesse quadro acadêmico pouco inspirador, há duas grandes exceções que merecem ser destacadas: as aulas dos professores Edmund Bernatzik e Leo Strisower.[14] Os referidos professores (docentes, respectivamente, de Direito Constitucional e de Direito Internacional) tiveram uma grande influência sobre Hans Kelsen e o ajudaram a descobrir a sua verdadeira vocação. Foi, inclusive, numa das aulas de Leo Strisower que

[14] Além das aulas técnicas sobre o Direito Positivo austro-húngaro (segundo ciclo).

Hans Kelsen ficou sabendo que Dante Alighieri (o ilustre renascentista italiano) havia publicado uma obra na área da Filosofia política e que o levou à decisão de escrever seu trabalho de conclusão de curso sobre ela. O resultado deste trabalho foi a primeira obra de Hans Kelsen publicada: *A Doutrina Política de Dante Alighieri* (1905). A publicação desse livro contou com o apoio decisivo do professor Edmund Bernatzik.

Em 1906, Hans Kelsen concluiu o Doutorado e decidiu seguir a carreira acadêmica (ser professor do Ensino Superior). Com este objetivo fixado, ele conseguiu uma bolsa para estudar em Heidelberg. O objetivo era ter aulas com o já conhecidíssimo Georg Jellinek (que era considerado, naquele momento histórico, a maior autoridade na área da Teoria Geral do Estado). Em contato com o ilustre jurista, Hans Kelsen ficou, contudo, um tanto desapontado, pois percebeu que o referido professor estava constantemente rodeado de estudantes de poucas luzes (mas que o reverenciavam) e que ele tinha enormes dificuldades de aceitar qualquer tipo de ponderação crítica. Diante desta situação e com problemas familiares, Kelsen decide voltar a Viena e ingressa formalmente no mercado de trabalho (primeiro, num escritório de advocacia e, depois, no Museu do Comércio).[15]

Após um período de três anos de experiência no mercado de trabalho, Hans Kelsen volta-se novamente para o mundo acadêmico. É que ele obtém, em 1909, uma nova bolsa de estudos e assim torna-se possível retomar os seus estudos em Heidelberg e complementá-los em Berlim. Em consequência destes estudos o autor consegue publicar vários artigos e passa a trabalhar mais sistematicamente em sua tese de livre docência (Problemas Capitais da Teoria do Direito do Estado). A tese é concluída em 1910 e aceita formalmente pela Faculdade de Direito de Viena em

[15] Neste período, como o pai já havia falecido (1907), Hans Kelsen passou a ter de trabalhar para sustentar sua mãe e seus irmãos (Métall, 1976).

1911. Com isto, Hans Kelsen habilita-se como docente das disciplinas de Direito Público (hoje Direito Constitucional) e para Filosofia do Direito. É nesta tese (em seguida transformada em livro) que Kelsen formula pela primeira vez suas ideias pioneiras sobre a necessidade de construção de uma Teoria Pura do Direito e que vai se tornar o projeto intelectual mais importante da sua vida (Robles, 2014).

Habilitado como professor, Hans Kelsen inicia suas atividades como docente (*privatdozent*) na Universidade de Viena ainda em 1911 e continua com sua rotina de publicação de textos. Em 1912 Kelsen casa-se com Margarete Biondi[16] e, em 1914, cria a Revista Austríaca de Direito Público. Ainda em 1914 Hans Kelsen torna-se professor permanente de Direito Público da Escola de Comércio Exterior. Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, Kelsen é reintegrado ao exército (como segundo-tenente) e, em seguida, devido a uma pneumonia, passa a integrar o Ministério da Guerra. As novas atividades permitem a Hans Kelsen demonstrar seu talento (e fazer contatos) e, dessa forma, impulsionar sua carreira acadêmica. Em consequência, em 1915, ele é nomeado professor extraordinário e, em 1919, professor ordinário (catedrático) da Faculdade de Direito da Universidade de Viena. Em 1922 é eleito decano da Faculdade de Direito. Estas atividades somente serão interrompidas em 1930, quando Kelsen decide aceitar o convite feito para ser professor de Direito Internacional na Universidade de Colônia e, então, muda-se para a Alemanha.

A decisão de mudar para a Alemanha é motivada por outra de suas atividades profissionais (a de magistrado). É que Hans Kelsen foi convidado, no final da Primeira Guerra Mundial, a participar da Comissão de Especialistas para a elaboração do Projeto de Constituição da Áustria, e ele aceitou a tarefa. A sua participação nas atividades foi decisiva e,

[16] Que será sua companheira por toda a vida e com a qual terá duas filhas (Kelsen, 2011).

por isso, é muito comum o autor ser considerado o "pai" ou "arquiteto" da Constituição da Áustria de 1920 (Robles, 2014). A contribuição mais importante do grande jurista de Viena foi a proposta de criação de um Tribunal Constitucional (então, uma ideia inovadora e pioneira). Todos aceitaram a sugestão e o Tribunal foi criado. Hans Kelsen, como "pai" da iniciativa, foi convidado e aceitou ser uns dos juízes da nova Corte.

Durante praticamente dez anos (1921-1930), as atividades do Tribunal Constitucional seguiram normalmente. As tensões políticas do período, ao se aproximar o final da década, foram aumentando e a opção pela existência de um Tribunal Constitucional autônomo (e formado por juízes isentos) foi sendo relativizada e os partidos políticos da Áustria daquele período chegaram à conclusão de que teriam de ser eles as entidades que deveriam indicar os juízes do Tribunal e que, portanto, a sua composição deveria ser reformulada (Métall, 1976). Este acontecimento desagradou imensamente o autor (pois considerava um erro político brutal a aceitação de tal reformulação do Tribunal – o que se mostrou acertado posteriormente) e o levou a se recusar a continuar a fazer parte daquela corte (mesmo diante da clara disposição do Partido Social Democrata de apresentar a sua candidatura como representante oficial do partido). Contrariado e temendo pelo futuro, Hans Kelsen aceitou o convite da Universidade de Colônia e muda-se para a Alemanha (Kelsen, 2013).

Hans Kelsen foi muito bem recebido na Alemanha e logo conseguiu se integrar às atividades da Faculdade de Direito (tendo, inclusive, em 1932, sido eleito decano da Faculdade de Direito). Rapidamente, porém, o sentimento antissemita se espalhou por toda a Alemanha e Hitler, já em 1933, é eleito Chanceler do Reich. Eleito, Hitler adota imediatamente a chamada Lei de Restauração do Funcionalismo (que reservava a função de servidor público para alemães puros) e, com isto,

teve início o processo de exclusão das universidades estatais dos professores de origem judaica. Hans Kelsen, devido as suas convicções democráticas, foi um dos primeiros a ser demitido.

Diante deste fato, Hans Kelsen questiona-se sobre o que fazer e como manter sua família. Felizmente, ele recebe vários convites de universidades estrangeiras e decide agir rapidamente. Opta, então, por aceitar (pela facilidade com a língua francesa) a proposta formulada pelo Instituto Universitário de Altos Estudos Internacional de Genebra e, com isto, muda-se novamente (agora para a Suíça). Durante a estada na Suíça (1934-1938) aceitou também o convite para dar aulas na Faculdade de Direito da Universidade de Praga. A situação política no interior desta instituição foi, aos poucos, também se deteriorando e, com o crescimento do movimento nazista na Universidade de Praga, a sua presença foi inviabilizada e Kelsen começa a pensar numa nova mudança.

Isto torna-se ainda mais urgente com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e o crescente perigo para sua vida e de sua família do intenso fortalecimento do domínio nazista. Assim, Hans Kelsen, após um período de reflexão, decide que é o momento de mudar: desta vez para os Estados Unidos. Isto ocorre em 1940. Já nos Estados Unidos o autor vincula-se, num primeiro momento, à Escola de Direito de Harvard e, após um período rápido de dois anos nesta instituição, muda-se para o Departamento de Ciência Política da Universidade da Califórnia, em Berkeley. Hans Kelsen permanecerá nesta Universidade até 1951, quando se dá a sua aposentadoria. A partir de então, ele continuou residindo em Berkeley (cidade que considerava seu refúgio definitivo) e também a trabalhar em sua obra. Também passou a proferir um conjunto de conferências em diversos países (inclusive no Brasil). Em 1973, Hans Kelsen morre em Berkeley, aos 91 anos de idade.

Durante a sua longa vida, Hans Kelsen teve quatro nacionalidades (austríaca, alemã, tcheca e norte-americana) e sempre superou com tranquilidade os desafios que a vida lhe apresentou (teve de recomeçar pelo menos quatro vezes). Apesar destas adversidades, o autor produziu uma obra extremamente relevante, diversa, numerosa e inovadora. Nesse sentido, destaca-se que em vida o autor publicou mais de 600 títulos e outros ainda foram editados postumamente. A sua obra envolve aspectos da Teoria do Direito, da Filosofia do Direito, da Sociologia Jurídica, da Ciência Política, da Teoria do Estado, da Psicologia, da Antropologia, do Direito Constitucional, do Direito Eleitoral, do Direito Administrativo, do Direito Militar e do Direito Internacional. As suas publicações foram traduzidas para mais de 25 idiomas (Robles, 2014).

As obras de maior expressão são *Os Problemas Capitais da Teoria do Direito do Estado* (1911), *O Problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional* (1920), *Socialismo e Estado* (1924), *Teoria Geral do Estado* (1925), *Essência e Valor da Democracia* (1929), *O Estado Como Integração* (1930), *Quem Deve ser o Guardião da Constituição?* (1931), *Teoria Pura do Direito* (1934 e 1960), *A Transformação do Direito Internacional em Direito Interno* (1936), *Direito e Paz nas Relações Internacionais* (1942), *Natureza e Sociedade* (1943), *A Paz por Meio do Direito* (1944), *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1945), *O Direito das Nações Unidas* (1950), *Os Princípios do Direito Internacional* (1952), *A Segurança Coletiva Por Meio do Direito* (1954), *Teoria Comunista do Direito* (1955), *A Política Teórica do Bolchevismo* (1955), *O que é Justiça?* (1957), *O Problema da Justiça* (1960). Após a sua morte, foram publicadas ainda três obras importantes: *Teoria Geral das Normas* (1979), *A Ilusão da Justiça* (1985) e a *Religião Secular* (2012).

Um conjunto de obras, como se pode observar, muito significativo. Produzir tantas obras importantes somente foi possível, como lembra Bayer (2005), pela notável capacidade reflexiva do autor e pela paixão obsessiva com que ele se manteve no caminho previamente traçado. Isto

é revelador de seu caráter, de seu entusiasmo, de sua grandeza de espírito, mas também de sua integridade pessoal e científica, conservadas ao longo de toda a sua existência e de sua honradez sem mácula, consigo mesmo e com o mundo. Ninguém, certamente, conseguirá apontar em sua enorme obra uma só linha que negue a sua doutrina científica ou suas convicções, seja por questões convencionais, motivos econômicos ou como propósito para progredir na carreira acadêmica. Por tudo isto, pode-se afirmar que Hans Kelsen foi não apenas um notável erudito e um grande mestre, mas um ser humano admirável. Além disso, foi o maior jurista que o século 20 produziu.

A TEORIA PURA DO DIREITO

A proposta de construção de uma ciência exata e rigorosa do Direito foi uma das preocupações centrais da obra de Hans Kelsen e o núcleo comum de referência da chamada Escola de Viena. Esta proposta foi apresentada pela primeira vez na obra de Hans Kelsen denominada *Os Problemas Capitais da Teoria do Direito do Estado*, de 1911, amadurecida na primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, de 1934, e consolidada na formulação da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, em 1960. Consolidada, é verdade, mas, não definitiva. É que para o autor a *Teoria Pura do Direito*, como uma verdadeira Teoria Geral do Direito que é, deve permanecer, mesmo após 49 anos de amadurecimento teórico do autor, aberta a novos desdobramentos e futuras formulações. Neste sentido, lembra Robles que Hans Kelsen concebe sua obra "como uma *work in progress*, suscetível de muitos desenvolvimentos e aplicações ..." (2014, p. 168).

Esta característica da obra de Hans Kelsen (um projeto aberto e em construção) permitiu a contribuição de inúmeros pensadores do Direito na sua formulação e uma abundante literatura complemen-

CATOLICA-BIBLIOTECA

tar. Este fato deu à proposta teórica do autor o verdadeiro sentido de um programa de análise científica do Direito Positivo compartilhada e formou claramente uma escola de pensamento jurídico. Atualmente este é um fato reconhecido pelos grandes nomes da doutrina jurídica de todos os matizes filosóficos (Afonso, 2013). Isto não significa, contudo, que as ideias do autor foram aceitas pacificamente. Ao contrário, desde suas primeiras formulações, suas ideias foram impiedosamente atacadas e submetidas a todos os tipos de tentativa de refutações. O que é fundamental, contudo, é que elas sobreviveram aos ataques e hoje são consideradas o marco mais importante do pensamento jurídico do século 20 e da perspectiva "logicista do saber jurídico contemporâneo" (Coelho, 1983, p. 13).

Quais foram, então as principais contribuições da *Teoria Pura do Direito*? As contribuições mais importantes, entre outras, foram as seguintes: a) A superação da chamada dogmática jurídica tradicional; b) Definição do método para a ciência do Direito; c) Delimitação do objeto da ciência do Direito.

Superação da Dogmática Jurídica Tradicional

A dogmática jurídica tradicional foi historicamente formada a partir da recepção do Direito Romano e "consubstanciada nos paradigma da ciência jurídica européia, cujas manifestações mais importantes foram a escola da exegese, na França, a jurisprudência analítica no mundo da *Common Law* e a jurisprudência conceitual no mundo germânico" (Coelho, 1983, p. 13). Também recebeu, no entanto, contribuições do pensamento jusnaturalista e das diversas tendências políticas e ideológicas do século 19. Estas contribuições deram à ciência do Direito do início do século 20 a dimensão de uma ciência sincrética e alicerçada sobre um ceticismo epistemológico já longamente afirmado.

É contra este quadro que Hans Kelsen elaborou a *Teoria Pura do Direito*. A sua preocupação central é com a autonomia da ciência do Direito e com a definição da especificidade de seu objeto. Assim, a autor busca, por um lado, a libertação da ciência do Direito de todos os elementos que lhe são estranhos e, por outro, construir um conhecimento jurídico "que tente responder apenas às questões do 'que é' e 'como é' o direito, sem procurar explicitá-lo, transformá-lo, justificá-lo, nem o desqualificar a partir de pontos de vista que lhe são alheios" (Warat, 1983, p. 27). A proposta do autor é, portanto, firmar um conhecimento jurídico científico puro.

É este recorte teórico-epistemológico que torna possível, para Hans Kelsen, por um lado, a garantia da especificidade da ciência do Direito (uma teoria formal – pura – do Direito Positivo) e, por outro, a fixação dos limites teóricos da ciência do Direito (como conhecimento específico das normas jurídicas) em relação às demais Ciências Jurídicas (Filosofia do Direito, História do Direito, Política do Direito, Sociologia do Direito). A ciência do Direito estuda apenas as normas em vigor (ou seja, estuda juridicamente o Direito); as demais Ciências Jurídicas estudam os aspectos políticos, morais, sociais, econômicos do Direito (isto é, estudam o Direito como fenômeno complexo).

Assim, fica delimitado que a análise da ciência do Direito deve se restringir à dimensão normativa do Direito. Com isto, o autor está convicto de estar propondo "um programa para a elaboração de um saber jurídico autônomo e autossuficiente, um conhecimento baseado em uma análise metodológica imanente, que exclui a referência de fatores e saberes extrajurídicos" (Warat, 1983, p. 32). Daí a sua preocupação constante com a neutralidade científica aplicada à ciência do Direito e de sua diferenciação das apreciações políticas, econômicas, sociais e morais do Direito.

Desta forma, fica evidente que a *Teoria Pura do Direito* opera, epistemologicamente, em dois planos distintos. Por um lado, é uma crítica à chamada dogmática jurídica tradicional e, por outro, busca construir um conjunto de contribuições para a formação de um novo modelo teórico para a ciência do Direito (Robles, 2014). O resultado deste trabalho é a formulação de uma nova Teoria Geral do Direito (ou uma nova dogmática geral). Esta é a primeira grande contribuição da *Teoria Pura do Direito*.

Definição do Método da Ciência do Direito

Além de fornecer material para a constituição de uma nova Teoria Geral do Direito, a *Teoria Pura* de Hans Kelsen ajuda também na fixação de um novo método para a ciência do Direito: o método descritivo. Este avanço tornou-se possível a partir da distinção feita pelo autor entre proposições ou enunciados jurídicos e normas jurídicas em sentido estrito. As normas jurídicas prescrevem as condutas humanas (que são ou não cumpridas) e são criadas pelos órgãos estabelecidos pela comunidade jurídica. As proposições jurídicas são, ao contrário, juízos hipotéticos utilizados pela ciência do Direito para descrever as normas jurídicas em vigor. Nesta condição, os enunciados jurídicos não prescrevem condutas humanas e nem são criados pelos órgãos jurídicos. São, na verdade, instrumentos utilizados pela ciência do Direito para descrever o seu objeto.

Neste sentido, reforça Hans Kelsen que não há, de fato, porque confundir as proposições descritivas da ciência do Direito (juízos hipotéticos) com as normas jurídicas: as normas jurídicas não "são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são, antes de tudo, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas, não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuição de poder ou competência" (Kelsen, 1984, p. 111).

Esta distinção é importante para Kelsen uma vez que ela permite estabelecer, em consequência, a significativa

> diferença que há entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. A ciência jurídica tem a missão de conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica (Kelsen, 1984, p. 112).

Esta diferença é muitas vezes ignorada e gera vários equívocos. O mais frequente é a confusão feita entre a função do cientista (que é descrever as normas em vigor) da função da autoridade jurídica (como a do legislador ou do juiz – que é criar ou aplicar normas jurídicas). As proposições ou enunciados dos primeiros não implicam (como juízos hipotéticos descritivos das normas em vigor) opções políticas e nem são vinculativas para as pessoas envolvidas. As determinações das autoridades, ao contrário, implicam opções políticas e são vinculativas. As primeiras submetem-se ao critério de verdade e de falsidade; as segundas ao critério de validade ou não.

A partir desta distinção, Hans Kelsen formula a ideia de que o trabalho da ciência do Direito é exclusivamente o de descrever (de forma isenta) as normas jurídicas em vigor (portanto, num trabalho muito diferente da autoridade jurídica). Isto, contudo, não significa que o autor não tinha consciência, como kantiano que foi, que a ciência do Direito, do ponto de vista cognoscente, cria o seu próprio objeto. Ao contrário, isto está claro para o autor e ele tem consciência de que a ciência do Direito, ao descrever as normas jurídicas em vigor, as sistematiza, "no sentido de colocar ordem, no plano epistemológico, o material que se encontra disperso, as normas elaboradas pelas diversas instâncias e com diferentes

graus de generalidade, conferindo-lhes unidade" (Afonso, 2013, p. 46). Para o autor, esta construção é evidente, contudo fica restrita ao plano do conhecimento.

Dito de outra forma, o método da ciência do Direito é, do ponto de vista prático, o método descritivo. Isto significa que suas proposições ou enunciados ocupam-se apenas em revelar o que está fixado por determinadas normas jurídicas em vigor. Em outras palavras, como teoria, a ciência do Direito não pretende criar normas e nem purificar o Direito, apenas descrever as suas normas válidas. Assim, fica evidente que "o direito não é uma ciência, seja natural ou social, exata ou inexata. Ele é o objeto de um conhecimento e não se pode incorrer no grande equívoco de se confundir uma ciência com o seu objeto" (Afonso, 2013, p. 47). Esta é a segunda contribuição importante da *Teoria Pura do Direito*.

Delimitação do Objeto da Ciência do Direito

A terceira grande contribuição da *Teoria Pura do Direito* é a delimitação de seu objeto. Este objeto recortado de forma específica envolve apenas o que tradicionalmente é denominado de Direito Positivo. Isto significa concretamente que o objeto da ciência do Direito é formado apenas (Walter, 1999):

a) Por prescrições impostas pelos seres humanos, seja por meio de atos de vontade explícitos ou implicitamente pela formação dos costumes (não, pois, por normas que podem ser atribuídas a autoridades sobre-humanas, como Deus ou a natureza).

b) Por prescrições estabelecidas para os seres humanos, ou seja, por determinações a estes destinadas e que, em boa medida, são seguidas e cumpridas (prescrições que possuem certo nível de eficácia).

Assim, o objeto da ciência do Direito restringe-se "às normas efetivas impostas por homens sobre homens" (Walter, 1999, p. 34). O que é uma norma, porém? Uma norma é, em sentido geral, uma determinação de algo que deve ser, de algo que deve acontecer. Assim, fica claro que, para o autor, o ser do Direito é um dever ser, ou seja, que a realidade jurídica é uma realidade normativa. Esta constatação é importante e permitirá ao autor fazer uma distinção entre o mundo do Direito (deve ser) e o mundo da natureza (ser) e uma diferenciação entre validade e a eficácia do Direito. A ciência do Direito deve se preocupar apenas com o mundo do deve ser e com a validade das normas. Daí ser o objeto da ciência do Direito, para o autor, apenas as normas válidas.

E quando uma norma é válida? Uma norma é válida quando foi criada de acordo com outra norma superior e assim, sucessivamente, até chegar à norma fundamental do respectivo ordenamento jurídico. Por isso, uma norma nunca existe isoladamente: ela sempre integra um sistema de normas e forma uma ordem jurídica. Assim, uma norma singular é, para o autor, uma norma jurídica válida quando "pertencer a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental desta ordem" (Kelsen, 1984, p. 57). Em outras palavras, uma ordem jurídica é "um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade" (Kelsen, 1984, p. 57). O objeto da ciência do Direito é, precisamente, este conjunto coerente de normas válidas (a ordem jurídica).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A convergência das três grandes contribuições há pouco referidas dão uma ideia inicial da importância da obra *Teoria Pura do Direito* para o pensamento jurídico do século 20 e do mérito de Hans Kelsen para a

construção de ciência do Direito exata e rigorosa e para a delimitação de seu objeto. O seu propósito sempre foi o de buscar construir as condições necessárias para o estabelecimento de um conhecimento científico do Direito e uma delimitação rigorosa de seu objeto.

Esta tarefa foi muitas vezes confundida com a tentativa de estabelecer uma teoria do Direito puro. Isto, obviamente, é um grande equívoco interpretativo e Kelsen nunca teve tal pretensão. Ao contrário, o autor sempre reconheceu que o Direito era um objeto complexo e que poderia ser analisado de diversas perspectivas: da Filosofia do Direito, da História do Direito, da Sociologia do Direito. A utilização do recurso da pureza metodológica é apenas direcionada para a ciência do Direito.

A leitura apressada da obra de Hans Kelsen e uma forte resistência a sua opção pela ciência conduziram a muitos mal-entendidos e transformam a obra *Teoria Pura do Direito* no foco de um debate intenso. Uns acusaram a obra de ser um livro fascista; outros, de ser uma obra de cunho excessivamente liberal; um terceiro grupo tachou a obra de ser uma manifestação de bolchevismo crasso. Em suma, como lembra o próprio autor, não há qualquer orientação política que a obra não tenha ainda se tornado suspeita, mas, talvez seja justamente isto que revele a sua importância.

De qualquer forma, o que é indiscutível é que a publicação da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, em 1960, é, por um lado, um marco histórico fundamental do pensamento jurídico e, por outro, contribuiu de maneira decisiva para a afirmação da especificidade da ciência do Direito. Além disso, ocupou um lugar de referência política importante, apesar de pretensão exclusivamente científica, no contexto do debate sobre o que é o Direito e suas conexões com o tema da justiça. Por fim, merece o devido registro o fato de que a obra inaugurou o que posteriormente seria denominado de teoria estrutural do Direito e gerou desdobramentos até hoje em curso.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. Passos da teoria de Kelsen rumo à construção da teoria do direito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. *Hans Kelsen:* teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AUSTIN, John. Aulas sobre Direito. In: MORIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BASTOS, Aurélio Wander. *Hans Kelsen*: 1881-1973. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003.

BAYER, Kurt G. Hans Kelsen: vida y obra. In: *Revista de la Faculdad de Derecho de México*, Cidade do México: Unam, n. 244, 2005.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Paulo: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria Geral do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. Apresentação. In: WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder.* Florianópolis: Editora UFSC, 1983.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio de. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. In: *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 3, n. 4, 1981.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HOBBES, Thomas. *O leviatã.* São Paulo: Abril Cultural, 1988.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico.* Barcelona: Gedisa, 2000.

KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

_____. *Princípios do Direito Internacional*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984.

MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen:* vida y obra. Cidade do México: Unam, 1976.

OLGUÍN, Victor Alarcón. Hans Kelsen: Bitácura de un itinerante. In: CORREAS, Óscar (Comp.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Unam, 1989.

ROBLES, Gregorio. *Hans Kelsen:* vida y obra. Navarra: Editorial Aranzadi, 2014.

SALMORÁN, Rolando Tamayo Y. Hans Kelsen: In memoriam. In: *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, Cidade do México, Nova Série, ano VII, n. 19, jan./abr. 1974.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALTER, Robert. *La doctrina Del Derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*. Florianópolis: Editora UFSC, 1983.

A TRIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO DE MIGUEL REALE

Maikon Cristiano Glasenapp

MIGUEL REALE E A PAIXÃO PELA VERDADE

Miguel Reale foi certamente um dos mais ilustres e importantes jusfilósofos brasileiros do século 20. Sua sistematização da Teoria Tridimensional do Direito, baseada na tríplice estrutura – fato, valor e norma –, tornou-se uma respeitável teoria e ganhou muitos adeptos, sobretudo, dos bancos acadêmicos da Filosofia do Direito latino-americana.

Poderíamos começar este texto apresentando desde o início aquela que talvez seja a maior das contribuições de Miguel Reale ao mundo jurídico, a sua proposta de tridimensionalidade do Direito, mas não seria justo com o autor, um aparente apaixonado pela Filosofia. Assim, faz-se necessário descrever como o brioso filósofo brasileiro percebia a própria Filosofia, para a qual ele dedicou muitos anos de sua vida, e a primeira parte daquele que pode ser considerado um dos melhores livros de *Filosofia do Direito*. Essa obra representa o fruto de mais de dez anos de magistério na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cujos primeiros escritos ele começou a redigir quando ainda era estudante.

CATOLICA-BIBLIOTECA

Miguel Reale jamais compreendeu o Direito como pura abstração lógica ou ética, antes o Direito deve afundar suas raízes na experiência social para poder depois realizar os ideais de Justiça. Na perspectiva de Reale, a experiência social para ser percebida como valor precisa necessariamente passar pela análise da Filosofia. Esta, por sua vez, reflete o mais alto grau de paixão pela busca verdade. Para Reale a Filosofia representa o amor pela busca da verdade, muito embora ela nunca seja absoluta. Assim, a Filosofia "é a ciência das causas primeiras ou das razões últimas: trata-se, porém, mais de uma inclinação ou *orientação* perene *para* a verdade última, do que a posse *da* verdade plena" (Reale, 1999, p. 6).

Parece certo afirmar, a partir desse conceito, que a Filosofia procura sempre respostas a perguntas, que podem gerar certas verdades gerais, e que põe em pauta a necessidade de outras. Assim, surge o sentido da *universalidade* inseparável, isto é, a paixão pela *verdade sempre se renova*. Para Reale, a Filosofia é uma atividade movida pelo desejo de se renovar, portanto de encontrar novas respostas e novas perguntas. Tem a Filosofia uma paixão pela busca da verdade essencial. Nesta linha de raciocínio, Reale confere à Filosofia do Direito a tarefa de refletir a crítica da experiência jurídica.

A Filosofia do Direito aparece como a própria Filosofia quando voltada para a análise de uma ordem jurídica (de realidade). Considerando que o Direito é uma realidade teoricamente universal, ou seja, onde quer que exista um homem aí existe o Direito como necessidade de convivência, e por ser o Direito um fenômeno universal, torna-se suscetível de indagação pela Filosofia.

Falar de convivência humana em sociedade é falar da necessidade do Direito. A missão da Filosofia do Direito é "de *crítica da experiência jurídica, no sentido de determinar as suas condições transcendentais*, ou seja, aquelas condições que servem de fundamento à experiência, tornando-a

possível" (Reale, 1999, p. 10). O Direito como produto da experiência humana apresenta-se por razões concretas, "derivado do *logos* concreto do razoável" determinado pela realidade jurídica. Por conseguinte, Reale concebe o Direito como artefato da cultura jurídica, destarte, como um produto histórico e datado, como expressão axiológica (valorativa) de uma determinada sociedade.

A Filosofia do Direito, no entanto, não fica adstrita somente ao campo determinado pela realidade jurídica, ela vai mais longe, procura atingir os conceitos que dão validade universal ao Direito e à totalidade da experiência jurídica. Nesse sentido, a Filosofia do Direito busca apresentar respostas de valor universal, e que não sejam redutíveis a contingências de espaço e de tempo.

A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

Já se pode perceber que Miguel Reale era filiado à corrente culturalista, que percebia o Direito como fator cultural. Na verdade ele não foi o primeiro jusfilósofo a formular a Teoria Tridimensional do Direito, mas foi o autor que melhor sistematizou a teoria.

A sua teoria parte do pressuposto de que os fenômenos jurídicos (experiência jurídica vivenciada na sociedade) devem ser analisados e compreendidos por meio de três elementos epistemológicos:

1) O Direito como *valor* do que seria justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito.

2) O Direito como *norma* e que ordena a conduta humana, estudado pelos juristas e lógicos do Direito, ou seja, objeto da ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico.

3) O Direito como *fato* social e histórico, estudado pelos sociólogos, etnólogos, psicólogos e historiadores do Direito, portanto objeto de estudo da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; da Filosofia do Direito, na parte do Culturologia Jurídica (Reale, 1999).

Cada ciência, como se observa, tem seu objeto formal de estudo. Considerando que o Direito é um fenômeno social, uma realidade que se desenvolve através do espaço e do tempo, pode-se identificar que o objeto material de estudo das ciências anteriormente apresentadas pode ser a experiência jurídica. Assim, a realidade jurídica pode ser estudada por no mínimo três ciências diferentes: a Sociologia, a História e a Filosofia.

Ora, a Sociologia do Direito, nos termos apresentados por Reale, tem como objeto de estudo a conduta jurídica, o que quer dizer que a experiência jurídica, sob certo prisma, pode ser estudada e/ou analisada de forma causal ou funcional.

Por outro lado, o historiador do Direito também pode direcionar a sua atenção de estudos para os mesmos fenômenos sociais, mas com outras intenções, isto é, ele vai procurar individualizar os fatos e integrá-los. O objeto de estudo de todo historiador é reviver os fatos, procurando captar os significados daqueles no tempo e no espaço.

O sociólogo, por sua vez, verá os fatos sociais considerando as suas ligações gerais. Para a análise sociológica o fato não tem relevância ou significado se ele não está ordenado com os demais fatos da História. Um fato particular somente poderia ser analisado sociologicamente em complementaridade dos estudos sociológicos e históricos. Este é o primeiro elemento de ligação para a fundamentação da tridimensionalidade do Direito.

Qual é então o papel da ciência do Direito na apreciação do fato social? A ciência do Direito tem por objeto de estudo transformar o fato social em um fenômeno jurídico. "O jurista estuda a mesma realidade *sob aspecto normativo* ou regulativo" (Reale, 1999, p. 75).

Procurando explicar melhor essa relação, Miguel Reale assim enfatiza que o sociólogo descreve e compreende o fato social, o historiador se preocupa em captar o significado valorativo do mesmo fato social e o jurista tem a função de ver o fenômeno sob o prisma de um dever jurídico. Este último jurista deverá buscar o sentido do fenômeno social e/ou da experiência social como conduta.

Identificada à relação tridimensional, ou seja, a mesma realidade jurídica pode ser objeto de três ciências diversas, observando que cada qual vai compreender ou dar significado a um determinado fato social conforme o seu objeto de estudo, ponto de vista ou ainda segundo as suas exigências metodológicas, que por certo são distintas. Focalizado assim, está o elemento de correlação entre os objetos de estudos das três ciências, isto é, uma determinada experiência social pode ser estudada sob três perspectivas no mínimo.

Considerando que a estrutura do Direito é tridimensional, Reale (1999) concebia a experiência jurídica como um dado confirmado e sucintamente lembrado. Assim, propôs o autor que uma dada situação de *fato*, referida a *valores* determinados, ensejará uma *norma* disciplinadora.

Nessa perspectiva o "Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores" (Reale, 2002, p. 119). Assim, os três elementos encontram-se na dialética da tridimensionalidade jurídica, conforme quadro a seguir (Reale, 1999, p. 514):

Quadro 1 – Esquemas e Teorias Tridimensionais

Elementos Constitutivos	Nota dominante	Concepções unilaterais
Fato	Eficácia	Sociologismo Jurídico
Valor	Fundamento	Moralismo Jurídico
Norma	Vigência	Normativismo Jurídico
	Tridimensionalidade Específica	

Fonte: Reale (1994, p. 514).

Miguel Reale (1999) indica na primeira coluna como elementos constitutivos da experiência jurídica – fato, valor e norma; na segunda coluna ele assinala como nota dominante a eficácia, o fundamento e a vigência; por fim, na terceira coluna aparecem as concepções unilaterais.

Essa preciosa maneira de perceber a experiência jurídica ensina que o Direito não se realiza na simples harmonização das ciências que estudam os fenômenos jurídicos; antes, o Direito implica e se estrutura na conexão das concepções unilaterais, que por sua vez poderá ser estática, dinâmica ou de integração.

Diante do quadro filosófico-jurídico apresentado, observa-se que para Reale os fatos jurídicos não seriam resolvidos somente com a promulgação de uma norma, reduzindo o Direito à bidimensionalidade. Seria necessário inserir um novo elemento mediador entre o fato e a norma, o valor. Isto posto, a tridimensionalidade específica do Direito deriva da "correlação entre fato, valor e norma no interior de um processo de integração, de modo a abranger, em unidade viva, os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito" (Reale, 1999, p. 515).

Deste modo, a Teoria da Tridimensionalidade do Direito é a Filosofia que entende o Direito como um sistema de experiência jurídica, na qual fato, valor e norma estão correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica. Partindo dessa hipótese juristas, filósofos, historiadores e sociólogos não deveriam estudar os fenômenos da vida social de forma isolada, mas sempre associados ao mundo da vida.

Na dialética dos saberes de Miguel Reale, a experiência jurídica como estrutura tridimensional não é feita somente de fatos que posteriormente poderiam ser regulados por normas, mas permeada por valores.

Assim, procurando entender os três elementos da experiência jurídica, o autor revela-nos que a compreensão isolada do Direito é precária, sobretudo se o analisarmos somente como fato, como valor ou como norma. Muitos equívocos podem ser cometidos quando se realizar uma compreensão do Direito simplesmente como norma. Nas palavras do autor:

> Não basta afirmar que há no Direito intencionalidade ou imantação essencial para o justo: é necessário reconhecer que o Direito, considerando em seu todo, e não neste ou naquele conjunto de regras particulares porventura vigentes, é momento de justiça (Reale, 1999, p. 700).

Nessa perspectiva, o Direito deve ser entendido como atualização da justiça dos valores, cuja realização poderá possibilitar a afirmação do homem segundo a virtude pessoal. Assim, realizar o Direito é concretizar os valores de convivência. É importante registrar, todavia, que não se trata de realizar os valores de um único indivíduo ou de um determinado grupo, mas de toda a comunidade, entendida esta como uma unidade de ordem que possui valores que lhe são próprios.

Reale definia o Direito como um *bem cultural*, e para ser assim considerado há sempre a necessidade axiológica, portanto, valorativa, que se atualiza constantemente. Em outras palavras, o vínculo jurídico estaria sempre ligado às circunstâncias de cada comunidade. "Não há Direito sem sociedade, e vice-versa" (Reale, 1999, p. 703).

PRESSUPOSTOS DA TRIDIMENSIONALIDADE

Segundo Miguel Reale, dois são os pressupostos (condições) para que a correlação entre fato, valor e norma se opere de forma integral e concreta: o primeiro refere-se ao conceito de *valor;* o segundo é relativo à implicação que existe entre o valor e a História. Do exame desses dois pressupostos resulta a dialética da unidade do Direito. Passa-se a expor os pressupostos, apresentando primeiramente a definição de valor segundo Miguel Reale.

O valor "é dimensão do espírito humano, enquanto este se projeta sobre a natureza e a integra em seu processo, segundo direções inéditas que a liberdade propicia e atualiza" (Reale, 1999, p. 213). Nesse sentido, o valor implica que o espírito humano precisa tomar uma decisão, isto é, precisa decidir se determinada atitude é positiva ou negativa, da qual resulta, "a noção de *dever (se algo vale, deve ser; se algo não vale, não deve ser)* e a razão legitimadora do ato por estar 'a serviço de um valor'" (Reale, 1999, p. 543).

Diante de toda essa realidade, o valor realiza-se como manifestação cultural e vincula-se à experiência da vida, que se transforma em elementos normativos caracterizados através do tempo, ou seja, da experiência histórica. Observa-se ainda que para o jusfilósofo brasileiro é impossível entender o sentido de valor distanciado da experiência histórica.

É importante realçar que a categoria valor, na Filosofia de Reale, não deve ser entendida como manifestação individual, o valor deve representar necessariamente a consciência do espírito, no sentido da universalidade (Silva, 2009). O autor nomeado explicita que o valor como expressão do espírito universal integra a História, portanto, acha-se presente em cada momento histórico; observa-se, assim, que o valor não representa um elemento abstrato, simples, ou como algo que jamais pode ser concretizado; antes, constitui um ideal que corresponde à realidade. Nesse sentido, o valor converte-se em realidade, torna-se aspiração que não pode ser satisfeita e definitiva. Se tal ocorresse, o valor perderia seu objeto (Silva, 2009).

Se o valor jamais esgota o seu caráter de idealidade, e se somente poderá ser compreendido se inserido no processo histórico – como momento de expressão da vivência humana através dos tempos – conclui-se que o valor inspira-se naquilo que a sociedade elege como ideal de universalidade. Nesse sentido, os valores não podem ser fruto da experiência individual, ou seja, eles devem ser construídos e/ou constituídos pela consciência da sociedade.

Esse ponto parece-nos digno de apreciação, pois adota-se nesse trabalho o entendimento de Moacyr Motta da Silva, jusfilósofo catarinense, que com base na Filosofia de Reale entende o Direito como expressão de valores sociais, culturais e morais da consciência da sociedade, orientado pela razão, sensibilidade, busca da paz, da harmonia e da justiça para o ser humano (Silva, 2009).

Do anteriormente exposto, conclui-se que o conceito de valor funda-se em aspirações que sintetizam o espírito e a vontade da sociedade. "São valores que emanam da consciência coletiva da sociedade. Entre os valores morais desta natureza destacam-se: justiça, igualdade, paz, ordem, dignidade, liberdade, solidariedade, saúde, educação e outros" (Silva, 2009, p. 185).

Entende-se ainda que o Direito insere-se nesse processo como representação normativa da experiência axiológica do homem em sociedade. Nas palavras de Miguel Reale (1994, p. 555):

> O homem não pode ser concebido como um ente solto, ou isolado, no espaço ou no tempo. Vivemos, em maior ou menor medida, em função do já dado, sendo as inovações, por mais radicais que nos pareçam, sempre dependentes de condições e eventos que se situam atrás de nós no tempo e estão presentes na particularidade do mundo que ora nos circunda. Daí dever dizer-se que o homem que interessa ao Direito não é um abstrato *homo juridicus*, mas um ser concreto, que carrega consigo todas as suas circunstâncias.

É certo afirmar, portanto, que a norma envolve um fato que iluminado por valores dá lugar a uma atitude humana, por conseguinte, uma decisão. Desse modo, o Direito não se assevera como fruto da mera decisão, bem como não se pode concluir que o Direito seja só normativo.

ORDENAMENTO JURÍDICO E A TRIDIMENSIONALIDADE

Disse-se com base nos escritos de Miguel Reale que a norma jurídica deve ser concebida como um complexo fático-valorativo que se desenrola do processo histórico decorrente da experiência jurídica humana.

O Direito, portanto, provém de um fato social, econômico, técnico ou até geográfico, assim, não cabe na perspectiva de Reale uma visão reducionista do positivismo jurídico como pretendia Kelsen (1998), para quem o direito se reduz à norma pura, identificando-se apenas com as leis escritas, produzidas e aplicadas pelo Estado. A concepção de Direito, desenhada segundo a Teoria Tridimensional, procura romper com a tradicional concepção puramente positivista.

A proposta teórica que ora se estuda apoia-se no entendimento segundo o qual o Direito se apresenta pela experiência jurídica, não apenas por leis positivadas e estatais, mas funda-se nos valores morais desejados pela sociedade; em síntese, pode-se pensar que o Direito se funda na experiência das relações sociais.

Por essa linha de pensamento a experiência jurídica, que nada mais seria do que fatos inspirados em valores, faz nascer a norma jurídica, numa relação dialética de implicação. Para a nomogênese jurídica (nomus = norma + gênesi = nascimento – nascimento da norma), que responde aos anseios legítimos da sociedade, é fundamental a intercomunicação dos fatos com os valores.

Para Reale toda regra de Direito representa um momento de equilíbrio, que é atingido como composição das tensões que, em dado momento histórico e social, se correlacione com um complexo de fatos e um complexo de valores. Ensina o autor:

> Sendo a norma jurídica a solução superadora de um conflito de interesses, surge ela como algo destinado a durar, dependendo a sua maior ou menor duração de um conjunto de fatores políticos, econômicos, éticos, etc. Em linhas gerais, o êxito de um dispositivo legal depende da correspondência existente entre a sua vigência e as estruturas sociais, como condição *sine qua non* da sua eficácia. É a razão pela qual as leis promulgadas de afogadilho, sem adequação com a sociedade a que se destinam, têm a vida tão fugaz e precária como a da sua elaboração (Reale, 1994, p. 562).

Desta feita, focaliza-se o problema da vigência e eficácia das normas, sobretudo porque as normas jurídicas visam a ordenar comportamentos futuros, diante de fatos que estão por ocorrer ou valores não consagrados na sociedade. Como se observa, porém, a nomogênese da norma envolve também a projeção de fatos e valores partindo-se de situações presentes que não deveriam assim permanecer.

CATOLICA-BIBLIOTECA

Efetivamente nenhuma norma jurídica consegue concluir ou exaurir o processo jurígeno, por conseguinte, ela mesma suscita novos significados, o que vai constituir um novo ramo de estudos, que é a Semântica Jurídica, parte da Lógica Jurídica, que está destinada à análise das formas de variação do significado das regras do Direito (Reale, 1994).

Considerando que o processo fático-axiológico, originalmente revelado pelo político do Direito ou pelo legislador (quando a norma já será um dado de referência pré-constituído), em dado momento histórico será apreciado pelo jurista, juiz ou advogado, e tornar-se-á necessário interpretar a norma à luz das circunstâncias históricas e sociais na qual ele se situa. Nesse sentido, será necessário verificar como determinada norma poderá ser aplicada pelos operadores do Direito, bem como se essa aplicação será também matizada pela significação real da vigência e eficácia da norma.

Segundo Reale, o processo de interpretação das normas jurídicas poderá determinar o ajustamento da norma com a experiência jurídica, ou seja, quando a norma jurídica não se ajusta mais com as situações fáticas e axiológicas surge a necessidade de sua revogação ou ab-rogação.

> Quando uma regra de Direito entra em vigor, a sua vigência necessariamente se correlaciona com o a vigência das normas preexistentes, o sentido de umas podendo influir sobre o sentido de outras. Assim, como os valores são entre si solidários, as normas jurídicas também se correlacionam e se implicam, distribuindo-se o ordenando-se em institutos e sistemas, cujo conjunto compõe o "ordenamento jurídico" (Reale, 1994, p. 565).

Diante de toda essa realidade, conclui-se que o ordenamento jurídico deve ser visto como pleno, ainda que as variações semânticas que ele possa sofrer em virtude da intercorrência de novos fatores ou valores, possa reduzir a experiência jurídica a particularidades fragmentárias.

Destaca o autor que a exigência de totalidade do Direito, em virtude da qual se correlacionam as partes entre si e com o todo, vai caracterizar as notas distintivas do normativismo jurídico concreto. Ao enunciar Reale assim sintetiza: "Toda regra de Direito só tem vigência e eficácia na unidade do ordenamento" (1994, p. 566).

A propósito, além do aspecto da totalidade do ordenamento jurídico, enquanto sistema estrutural, ele também tem um aspecto dinâmico, que se relaciona com a própria vida do Direito. Esse último pauta a verdade no plano da vigência, observando que uma lei somente poderá ser revogada por outra igual ou superior a sua categoria; no entanto, não é o que se verifica no plano da eficácia, uma vez que há leis vigentes formalmente, mas que não surtem qualquer efeito ou reflexo no cotidiano da experiência social, leis que "pegam" ou que leis que ficam somente previstas no papel.

Registra-se que salvo casos expressos na lei, não se revoga leis apenas pelo seu decurso, o intérprete da lei poderá ser obrigado a levá-la em consideração caso no bojo de uma lide processual algum dos envolvidos invocá-la. Isso poderá exigir uma nova relação dialética entre a interpretação do Direito e a sua aplicação.

Para Miguel Reale o intérprete terá de observar as condições de aplicação da norma, bem como a própria alteração semântica, que poderá ser resultado: a) do impacto de novas valorações, ou de mudanças imprevistas na hierarquia dos valores; b) da superveniência de fatos que venham modificar os dados da incidência das normas; c) da intercorrência de outras normas, que não revogam aquela em vigor, mas que podem interferir na sua interpretação e, d) da conjugação de dois até de todos os fatores descritos (Reale, 1994).

Nesse sentido, ainda que longa a citação, mas que merece ser transcrita na íntegra, quando necessário for o ato de interpretação de uma norma jurídica, o intérprete deverá levar em consideração, a seguinte lição de Reale (2000, p. 232):

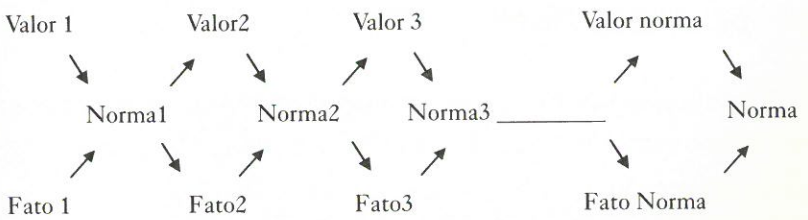
> a) a essencial correlação entre "ato normativo" e "ato interpretativo", implicando sempre a necessária natureza deontológica da compreensão jurídica, ou seja, com exclusão daquela que se poderia chamar atitude de gratuidade ou de indiferença prática no âmbito da interpretação jurídica, a qual é sempre compreensão de uma norma na previsão e expectativa de uma ação possível;
>
> b) a conseqüente natureza racional do ato interpretativo, que converte exigências axiológicas em determinações teleológicas, numa adequação ordenada de meios a fins;
>
> c) a impossibilidade de se fazer abstração do caráter imperativo da norma jurídica objeto de interpretação, desde que se liberte, todavia, o conceito de imperatividade de sua veste voluntarista e antropomórfica, para com aquele termo indicar a força social obrigatória resultante da objetividade dos valores expressos e sancionados em dado momento histórico;
>
> d) a natureza axiológica do ato interpretativo e sua consequente condicionalidade histórico-social;
>
> e) a natureza unitária do processo hermenêutico, que deve levar em conta tanto a "intencionalidade" inicial da lei como as mutações operadas em virtude de supervenientes fatores e valorações;
>
> f) o seu caráter problemático como expressão da "liberdade situacional ou circunstancial", própria do intérprete, cuja atividade é criadora dentro da fidelidade devida ao "desenho intencional" objetivado na norma de Direito;
>
> g) o reconhecimento de que a interpretação atualiza e renova o nexo normativo, integrando fatos segundo valores, a partir da projeção histórica inerente ao processo nomogenético;

> h) a natureza dinâmica e elástica do "desenho intencional" que se contém na norma jurídica, cujas diretrizes de comportamento devem ser concebidas com abandono a qualquer explicação de tipo psicologístico, etc.;
>
> i) e, por fim, o sentido existencial que reconduz cada ato interpretativo às suas fontes universais de valoração, à "consciência concreta" que constitui o mundo do Direito.

Por todas essas considerações, será possível afirmar que a aplicação da norma jurídica é decorrente da contínua tensão entre fatos e valores que adaptam a norma jurídica conforme os novos significados, concluindo-se que o significado semântico sofrerá mutações ao longo do tempo.

Assim, a norma jurídica será para Miguel Reale uma forma de integração fático-axiológica, na qual determinado Valor1 se relaciona com determinada Norma1 e com algum Fato1, conforme Figura 1:

Figura 1 – Processo Normativo Concreto



Fonte: Reale (1994, p. 569).

Depreende-se da Figura 1 que o processo de aplicação e interpretação da norma concreta (ordenamento jurídico) envolve de maneira sistemática todos os processos vigentes de atualização normativa, o que leva Reale a afirmar que o "Direito é norma e é também situação normada, ou seja, mais do que norma, é experiência jurídica" (1994, p. 569).

O autor nomeado explicita que o momento da experiência jurídica é marcado pela aplicação da norma, portanto, na concepção tridimensional concreta e dinâmica, ele entende que a construção da norma só tem significado em razão da sua funcionalidade.

De tal modo, o ordenamento jurídico deve ser entendido como um *sistema de fontes e de modelos*, e que poderá ser constantemente revisado pela matriz geradora dos valores morais e éticos, a consciência do povo.

A teoria tridimensional de Miguel Reale compreende o Direito pela comunhão dos elementos fato, valor e norma. Nesse norte, a Filosofia do Direito sob um prisma crítico e universal se identifica, mormente quando procura reconhecer quais são os valores que estão inseridos e que legitimam o ordenamento jurídico. Segundo tal desiderato, torna-se papel dos filósofos do Direito colocar em sintonia as normas vigentes com as múltiplas exigências axiológicas da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se da Filosofia de Miguel Reale que *Fato*, *Valor* e *Norma* relacionam-se por meio da experiência jurídica. Na gênese desse processo surge o Direito. Nesse ponto, qualquer experiência jurídica se faz pela necessária relação entre os três elementos integrantes da Teoria Tridimensional.

Na Filosofia jurídica de Miguel Reale o fenômeno da experiência jurídica não pode ser concebido de maneira isolada, antes, deverá ser estudada pelos sociológicos, historiadores e juristas de maneira universal, observando as diversas metodologias de trabalho, tratando o fenômeno jurídico como parte de um processo histórico-cultural alicerçado pela transformação do espírito universal dos valores.

A ideia de valor não convive separada da experiência histórica, portanto o valor não pode ser entendido como mera quimera, algo que jamais poderá ser concretizado, ele constituirá um ideal correspondente à realidade. Nesse particular, o valor não assume a integralidade de um ideal pensado, mas torna-se sempre uma aspiração a ser satisfeita e definitiva.

Por derradeiro, a compreensão filosófica tridimensional do Direito sugere que uma norma somente terá eficácia e vigência se integrar os fatos aos valores, como antes mencionado, esses últimos aceitos universalmente pela sociedade numa determinado momento histórico.

No tridimensionalismo o Direito é norma e ao mesmo tempo situação normada, portanto o Direito não pode ser compreendido somente como norma, como pretendia Kelsen, mas deve ser entendido como um dos elementos integrantes do fenômeno cultural e histórico da experiência jurídica. Aqui está a inovadora contribuição de Miguel Reale para a Filosofia do Direito, sobretudo, quando ele percebe que o Direito não pode ser entendido com mera abstração, mas como *praxis* da experiência histórica e social; o Direito será sempre tridimensional.

REFERÊNCIAS

BLANCO, Pablo Lopez. *La ontología jurídica de Miguel Reale*. São Paulo: Saraiva, 1975.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Moacyr Motta da. A ideia de valor como fundamento do direito e da justiça. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELLO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. *Política jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito, 2009.

NORBERTO BOBBIO E O POSITIVISMO JURÍDICO:

entre a concepção de direito e as normas premiais

Luciene Dal Ri

Norberto Bobbio (1909-2004) é um dos mais renomados juristas italianos e a sua obra constitui uma importante contribuição ao estudo da Filosofia do Direito e da política do século 20. A relação de Bobbio com ambas as áreas é muito forte e se explica na vivência da pesquisa em Filosofia e Teoria Geral do Direito, baseada no estudo do positivismo normativo, no magistério superior, na luta contra o fascismo e no desempenho do cargo político de senador vitalício da República Italiana a partir de 1984.[1]

A trajetória de pesquisa de Bobbio é marcada pelas reflexões analíticas influenciadas por alguns autores, como a de seu professor orientador Gioele Solari,[2] especialmente no que diz respeito à história do

[1] Norberto Bobbio foi um filósofo italiano do Direito e da política, nascido em Turim em 1909 e morto na mesma cidade no ano de 2004. Bobbio foi professor de Filosofia do Direito nas universidades de Siena (1938), de Padova (1940) e de Turim (1948), na qual também ensinou Filosofia Política até 1984 (cf. Dizionario, 2014).

[2] Gioele Solari foi um filósofo do Direito e professor na Universidade de Turim entre 1918 e 1948.

pensamento político e jurídico; Santi Romano, na contextualização social do Direito, e Hans Kelsen, por meio do rigor e coerência do método juspositivista.

A obra de Bobbio pode ser dividida em diferentes fases, sendo primeiramente dedicada a problemas específicos de filosofia e teoria Geral do Direito, e a partir de 1949 até a década de 80 dedicando-se ao estudo crítico do positivismo jurídico. Desde 1954 Bobbio assume uma clara concepção filosófica neopositivista, analítica e particularmente crítica ao jusnaturalismo. Dentro dessa perspectiva, Bobbio busca o conceito e o valor do Direito por meio da distinção entre fatos e valores, aproximando-se (mesmo que muitas vezes de forma crítica) ao positivismo normativo e em particular à doutrina de Hans Kelsen (Losano, 2007, p. xix).

Como se verá neste texto, a pesquisa de Bobbio, em Teoria Geral do Direito, aprofunda-se no estudo da natureza proposicional das normas, da sua tipologia e da coerência e completude do ordenamento jurídico em sua complexidade. A partir da década de 70 o desenvolvimento da pesquisa de Bobbio, permeada por um contexto de crise da ciência jurídica e das ciências em geral, voltou-se para a elaboração de uma teoria funcionalística do Direito, complementando a teoria estrutural de Kelsen.[3] A teoria é desenvolvida principalmente na obra *Da estrutura à função*, uma coletânea de textos em que o Direito é evidenciado não como mero ordenamento coercitivo, mas dentro de sua função promocional por meio das sanções positivas, visando a "adequar a teoria do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado social" (Bobbio, 2007, p. xi). O autor busca por meio

[3] O volume *Da estrutura à função* (Bobbio, 2007) reúne a maioria dos escritos de Teoria do Direito elaborados após a obra *Studi per una teoria generale del diritto* (também uma coletânea) (Oliveira Júnior, 2008, p. 14).

dessa abordagem "suplantar a disparidade entre teoria geral do direito tal qual é e a mesma teoria tal como deveria ser, em um universo social em constante movimento" (Bobbio, 2007, p. xii).

Neste estudo, propõe-se a análise da obra de Bobbio no âmbito da Teoria Geral do Direito, por meio da análise das modificações do ordenamento jurídico em decorrência da mudança na concepção de Estado e de suas funções, evidenciando dessa forma o estudo das normas premiais, bem como as continuidades e descontinuidades em relação ao positivismo normativo kelseniano.[4]

Considerando a importante influência da obra de Hans Kelsen sobre o pensamento de Norberto Bobbio, o problema que se apresenta é: A concepção e a evidência das normas premiais na obra de Bobbio o afastam da concepção de Direito apresentada pelo positivismo normativo de Kelsen?

Para tanto, faz-se necessário entender o movimento teórico do positivismo jurídico e o conceito de ordenamento jurídico, bem como a relação de Bobbio com essa Teoria do Direito aprendendo noções e conceitos que permitam a resolução do problema jurídico em questão.

POSITIVISMO JURÍDICO E ORDENAMENTO JURÍDICO: Santi Romano, Kelsen e Bobbio

O termo *jus positivum* é usado desde o período medieval e respeita "àquilo que é por convenção ou posto pelos homens", em contraste com o Direito Natural, que é posto por algo além do homem e está presen-

[4] Infelizmente e por questão de espaço não é possível ampliar essa pesquisa aos temas voltados à Filosofia política ou aos direitos humanos no pensamento de Bobbio, mas indica-se como leitura um artigo de um filósofo do Direito italiano e contemporâneo de Bobbio: (cf. Negri, 2014).

CATOLICA-BIBLIOTECA

te na natureza (Bobbio, 1995, p. 15). O contexto histórico mais denso que leva à formação do positivismo jurídico encontra-se, porém, de forma clara a partir de Thomas Hobbes, no século 17, e do pensamento racionalista do século 18, muito embora a consolidação dessa concepção como doutrina ocorra apenas no final do século 18 e início do século 19 (Bobbio, 2001, p. 58 et seq.).[5]

> O positivismo jurídico é uma concepção que nasce quando "direito positivo" e "direito natural" não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo "positivo" ao termo "direito" torna-se um pleonasmo, mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo* (Bobbio, 1995, p. 26).

Bobbio atribui essa mudança de parâmetros da concepção de Direito à formação do Estado moderno e à estrutura monista que a sociedade assume em função deste. O Estado assume a pretensão de ser o único a estabelecer o Direito por meio da lei ou do reconhecimento e controle de normas provenientes dos costumes, vinculando a atividade do juiz às normas emanadas pelo próprio Estado. O Direito apresenta-se então como fruto da autoridade e emanação de quem detém o poder de legislar e coagir.[6]

[5] Na página 22 (Bobbio, 1995) o autor procedendo pelo seu típico método analítico de contraposição, estabelece seis critérios de distinção entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Observa-se que o autor acompanha uma tendência presente também em algumas fontes romanas de sobreposição entre o *ius gentium* e o *ius naturale*.

[6] "Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o Direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o Direito, ou diretamente por meio da lei, ou indiretamente pelo reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*" (Bobbio, 1995, p. 27, 36).

Com essas premissas, o positivismo jurídico distingue-se profundamente, desde o século 19, do positivismo filosófico e daquele sociológico, sendo marcado por conceber o direito como um fato (e não como um valor), definido pela sua imperatividade (ordem de comando) e coatividade (regulamentação do uso da força), tendo como fonte preeminente a legislação proveniente do Estado (ou de um outro ente, desde que com a permissão daquele), a ser interpretada pelo jurista de forma mecanicista, ou seja, considerando mais a declaração presente na norma do que a possibilidade de interpretação criativa e evidenciando o caráter de obediência. O contexto em que esses elementos são colocados torna clara a necessidade de dar unidade ao conjunto de normas jurídicas aplicadas em sociedade, até então concebidas de forma fragmentária (considerando de forma isolada os diferentes ramos do Direito) e portanto não sistêmica, gerando incerteza jurídica e permitindo arbitrariedades. Devido a essa necessidade, no início do século 20, desenvolve-se dentro do positivismo jurídico a doutrina do Direito como ordenamento jurídico, enquanto conjunto de normas.

Santi Romano

O conceito "ordenamento jurídico" é difuso na Itália por meio da teoria institucional do direito, na obra *L'Ordinamento Giuridico* de Santi Romano, a partir de 1917.[7] O autor concebe o direito contendo como elementos essenciais a sociedade e a ordem social. O elemento socieda-

[7] A teoria é chamada de institucional porque entende que o melhor conceito de "direito enquanto ordenamento jurídico, tomado no seu todo e unitariamente, é o conceito de instituição", evidenciando que existe Direito onde existe um grupo social organizado, ou seja, uma instituição (Romano, 2008, p. 77 et seq.).

de, enquanto concernente ao direito, é evidenciado na obra de Romano (2008, p. 77 et seq.) em dois sentidos que se completam mutuamente: por um lado exclui "aquilo que não sai da esfera puramente individual", não sendo considerado Direito, e por outro lado afirmando que "não existe sociedade no sentido verdadeiro na palavra sem que nessa se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*)". Nesse sentido, a sociedade é entendido por Romano "enquanto entidade distinta dos indivíduos que a compõem, que constitua mesmo que formal e extrinsecamente uma unidade concreta". O elemento ordem social, por sua vez, também adquire dois distintos sentidos: por um lado "excluindo todo elemento que possa reconduzir ao puro arbítrio ou à força material, ou seja, não ordenada", dessa forma "toda manifestação social somente devido ao fato de ser social, é ordenada ao menos no que diz respeito aos seus consócios" e por outro lado evidenciando o Direito enquanto organização. O direito enquanto organização implica considerar que a ordem social instituída pelo Direito não advém de normas com uma origem específica ou única que disciplinam as relações sociais, mas de uma pluralidade de normas, de origem variada servindo-se delas e as integrando na sua órbita, ao mesmo tempo em que vai além delas. "Isto significa que o direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo" (Romano, 2008, 77).[8] Dentro de uma concepção do Direito enquanto ordem social,

[8] "A ordem social posta pelo direito não advém da existência de normas de qualquer origem que disciplinam as relações sociais. Ele não exclui tais normas, mas se serve delas e as integra na sua órbita, sendo que, concomitantemente, vai além delas, superando-as. Isto significa que o direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo" (Romano, 2008, p. 77 et seq.).

Santi Romano trabalha a teoria do pluralismo jurídico, que tem uma forte influência sociológica e afasta-se da doutrina que reduz todo o Direito ao Estado, evidenciando ordenamentos jurídicos não estatais.[9]

A teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano está substancialmente distante do positivismo normativo predominante no século 20, porque resgata o aspecto social do Direito enquanto organização social e não enquanto comando, revelando "uma pretensão de baixo" e não algo que "descamba do alto", por meio dela alcança-se a concepção do Direito com "entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas". Muito embora tais características, a teoria institucionalista de Santi Romano é considerada positivista devido ao fato de não excluir a presença do Estado (considerado sempre como a "instituição das instituições") e a sua participação na formação do direito.[10]

Hans Kelsen

Nos mesmos anos em que Santi Romano difunde sua teoria da instituição, principalmente na Itália e na França, Hans Kelsen ocupa-se do positivismo normativo na Alemanha e nos Estados Unidos, posterior-

[9] "A chamada crise do Estado moderno implica justamente na tendência que uma série grandíssima de grupos sociais tem de se construírem como uma esfera jurídica independente" (Romano, 2008, p. 142).

[10] "Consideramos particularmente importante a teoria do ordenamento jurídico para efeito da caracterização do positivismo jurídico, porque por meio dela chega-se ao coração desta corrente jurídica. Enquanto algumas das outras teorias juspositivistas – como a concepção coercitiva (ver § 37) e a imperativista do Direito (ver § 46) – surgiram anteriormente e o positivismo jurídico se via limitado a adequá-las e reelaborá-las, formulando-as com maior coerência, a teoria do ordenamento jurídico foi "inventada", isto é, introduzida *ex novo* pelo próprio positivismo. Antes do seu desenvolvimento faltava no pensamento jurídico o estudo do Direito considerado não como norma singular ou como acervo de normas singulares, mas como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas" (Bobbio, 1995, p. 197; cf. Bobbio, 2001, p. 44; Bobbio, 1997, p. 20 et seq.). Sobre a concepção de Direito em Santi Romano, ver Grossi, 2008, p. 12 et seq.

mente retomando o espaço ocupado pela teoria institucionalista e evidenciando a centralidade do positivismo jurídico normativo no cenário jurídico e no contexto político do século 20 (Losano, 2007, p. xxi et seq.).[11] Essas duas correntes do positivismo no século 20 são elementos importantes no contexto de formação do pensamento de Bobbio, tendo o autor turinês se ocupado de ambas em seus artigos e obras.

O positivismo normativo de Kelsen é a continuação e refinamento do positivismo jurídico do século 19, evidenciando a concepção do Direito como ordenamento, formando uma estrutura que se manifesta por meio de um conjunto de normas jurídicas coerente e completo, vigente numa sociedade e estabelecendo a organização do aparato coativo.[12] A unidade do ordenamento jurídico dentro do positivismo jurídico é concebido a partir de um ponto de vista formal, ou seja, concernente ao modo pelo qual as normas são postas, pela autoridade de um único ente (o Estado).[13] A coerência e a completude do ordenamento jurídico,

[11] Interessante evidenciar que "O encontro intelectual com Kelsen coincidiu com a necessidade de renovação que permeou a Itália após o final da guerra e com a insatisfação de Bobbio a propósito da filosofia puramente especulativa". A primeira tradução ao italiano da obra-chave do positivismo jurídico no século 20, *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, foi realizada por Renato Treves, um estudioso de Filosofia do Direito próximo de Bobbio.

[12] O Direito como ordem coercitiva: é muito presente em Kelsen a concepção do Direito como normas que estabelecem um nexo de imputação entre o lícito e o ilícito. "Uma ordem social que busca efetuar nos indivíduos a conduta desejada através da decretação de tais medidas de coerção é chamada ordem coercitiva. (...) Nesse sentido, o Direito é uma ordem coercitiva" (Kelsen, 1998, p. 26 et seq.). No mesmo sentido: "Finalmente, uma ordem social pode – e é este o caso da ordem jurídica – prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra" (Kelsen, 2003, p. 26).

[13] Kelsen concebe o Estado moderno também por meio de uma progressiva juridificação que o leva à definição do Estado como ordenamento jurídico, porque o poder é totalmente legalizado. "É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isto, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coação. Com efeito, o elemento 'político' específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e regulada por essa ordem, nos atos de coação que essa ordem estatui. São-no

por sua vez, ligam-se à unidade enquanto buscam afastar as contradições (antinomias) e colmar as lacunas.[14] A análise que o positivismo normativo de Kelsen apresenta do Direito implica não se limitar à análise de certos tipos de normas, mas em considerar as características do conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico de forma essencialmente estrutural, muito embora o autor considere o Direito um meio e não um fim em si mesmo. A análise estrutural evidencia a tentativa de isolamento da ciência do Direito em relação à sociedade e as suas ideologias, perseguindo um ideal de torná-la uma ciência autêntica.[15] O autor austríaco evita o debate sobre a função ou o objetivo do Direito, numa vez que esse varia de acordo com o perfil ideológico do Estado e rompe com a possibilidade de isolamento da ciência do Direito em

precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supra-estadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada" (Kelsen, 2003, p. 316 et seq.).

[14] O fato de a legitimidade das normas ser baseada na forma (ou autoridade) e não em seu conteúdo (ou substância) permite a mudança da norma e consequentemente um ordenamento dinâmico (nomodinâmica). Tal concepção formal reflete o paradigma monista no que concerne as fontes do direito no juspositivismo (Bobbio, 1995, p. 131 et seq., 198 et seq., 207). Bobbio evidencia que a completude é a mais importante das três características citadas, porque está estreitamente ligada ao princípio da certeza do Direito (ideologia fundamental do positivismo). Ver também Bobbio, 2007, p. 196.

[15] "Quando esta doutrina é chamada 'teoria pura do direito', pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos. Este último é um problema da política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltado para a realidade" (Kelsen, 1998, p. xxviii).

relação à sociedade e suas ideologias.[16] A análise estrutural do Direito no positivismo normativo de Kelsen evidencia a relação entre poder e Direito, e mesmo com a sua tentativa de isolamento de ideologias, apresenta-se favorável à democracia (em base à liberdade e igualdade) por prever a manutenção da ordem jurídica presente na época em que foi lançado (antes do fascismo e do nazismo), representando uma alternativa à então ciência jurídica e à Filosofia política que apoiavam o fascismo e o nazismo.[17] Com a Segunda Guerra Mundial e a queda dos regimes totalitários, o positivismo jurídico acaba por perder, porém, seu caráter de alternativa ao fascismo, sendo acusado então de conivência com as ditaduras, justamente por não proporcionar o questionamento ético diante das normas impostas.[18]

> O positivismo podia assumir um valor liberal quando induzia a respeitar as normas democráticas no momento no qual o poder ditatorial as colocava em perigo, mas depois da consolidação deste poder, o positivismo assumia um valor autoritário porque impunha a aplicação das normas ditatoriais sem colocar-se interrogações éticas (Losano, 2007, p. xxx).

Tal fato gera um maior interesse dos juristas pelo jusnaturalismo devido à abertura aos valores morais, em muito afastados pelos regimes totalitários e não abarcados pelo isolacionismo positivista.

[16] Mesmo evitando o debate sobre a finalidade do direito, o autor austríaco afirma o fim do Direito como paz (na primeira edição da obra *Teoria Pura do Direito*) e posteriormente como segurança coletiva (na segunda edição da mesma obra), definindo de certa forma a função do direito (Kelsen, 2003, p. 26). Ver sobre o assunto Bobbio, 2007, p. 59.

[17] Sobre democracia em Kelsen ver Amaral Júnior, 1999.

[18] As acusações ao positivismo jurídico em termos de ideologia "responsável pela concepção estatolátrica, pelo princípio de obediência incondicional à lei do Estado e pelas nefastas consequências que isso produziu nos regimes totalitários" são expostas e rebatidas por Bobbio (1995, p. 233 et seq.). Ver também Losano, 2007, p. xxx.

Norberto Bobbio

No período de pós-Segunda Guerra, mais particularmente a partir de 1949, observa-se a proximidade, embora de forma crítica, de Bobbio ao positivismo jurídico de Kelsen, levando-o a lecionar um curso sobre a teoria da norma e outro sobre a teoria do ordenamento jurídico, bem como a escrever uma série de ensaios sobre o assunto.[19] O material mimeografado dos cursos teve várias edições e ganhou fama dentro e fora da Itália, a ponto de Bobbio ter sido convidado a publicar, na Colômbia, uma obra que reunisse o material dos dois cursos, e assim nasceu o *Teoría General del Derecho*.[20]

A pesquisa desenvolvida no âmbito da norma e do ordenamento jurídico por Bobbio corrobora com a teoria positivista de Kelsen ao afirmar que a teoria do "ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica" (Bobbio, 1997, p. 22), evidenciando a dificuldade em dar uma definição do Direito que parta da concepção da norma jurídica de forma isolada, e considerando que "uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico" (Bobbio, 1997, p. 22).[21]

[19] Segundo Losano, o fruto mais evidente da influência de Kelsen sobre Bobbio é a visão do Direito como ordenamento (hierarquizado) de normas (2007, p. xxiv). No mesmo sentido afirma Miguel Reale: "O importante no kelsenismo, no seu entender (o de Bobbio), é a visão do ordenamento jurídico como um escalonamento normativo, válido de per si, e não como criação do poder estatal" (Reale, 2014, p. 133 et seq.).

[20] No primeiro curso/livro estuda-se a norma jurídica, considerada isoladamente, enquanto no segundo estuda-se o conjunto de normas que constituem o ordenamento jurídico. A obra de Bobbio inicialmente foi publicada na Colômbia em 1987 e posteriormente em Madri, em 1991, tendo sido editada na Itália apenas em 1993 (Losano, 2007, p. xxv).

[21] Mais adiante na mesma obra (p. 28) o autor reforça essa concepção afirmando que a "definição do Direito encontra sua localização apropriada na teoria do ordenamento jurídico e não na teoria da norma". Sobre o assunto vale ler particularmente a p. 46 de Alberto Romano na nota biográfica sobre Santi Romano em Romano, 2008, bem como as p. 66 et seq. do livro de Romano.

> Nunca será demais insistir no fato de que foi com Kelsen que, pela primeira vez a teoria do Direito orientou-se definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico como um todo, considerando como conceito fundamental para uma construção teórica do campo do direito não mais o conceito de normas, mas o de ordenamento, entendido como sistema de normas (Bobbio, 2007, p. 195).[22]

Nesse sentido e considerando que "Só em uma teoria do ordenamento – este era o ponto a que importava chegar – o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação", pode-se conceber a sanção, a validade e a eficácia como elementos constitutivos do Direito (Bobbio, 1997, p. 28).

> "Quando se fala em uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, nos referimos não às normas em particular, mas ao *ordenamento normativo tomado em seu conjunto*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas daquele sistema sejam sancionadas, mas somente que o são *em sua maioria*". (...) O mesmo se diga da eficácia. Se considerarmos a eficácia como um caráter da norma jurídica, encontramo-nos, em certo ponto, diante da necessidade de negar o caráter de norma jurídica a normas que pertencem a um sistema normativo dado (enquanto legitimamente produzidas). Elas são válidas, mas não eficazes, porque jamais foram aplicadas (como é o caso de muitas normas de nossa Constituição). (...) O problema da validade e eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade (Bobbio, 1997, p. 29).[23]

[22] Ver também sobre o mesmo tema: "O isolamento dos problemas do ordenamento jurídico dos da norma jurídica e o tratamento autônomo dos primeiros como parte de uma teoria do Direito foram obra sobretudo de Hans Kelsen" (Bobbio, 1997, p. 21). "A teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. Por isso podemos considerar este autor como o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa a sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise" (Bobbio, 1995, p. 198).

A mudança do ângulo de visão no que diz respeito ao Direito, conforme denotada anteriormente e proporcionada por meio da concepção de ordenamento jurídico (enquanto conjunto de normas), permite, segundo o autor, uma inovadora, mais ampla e coerente concepção de Direito.[24] A concepção do ordenamento jurídico influenciado pelo modelo de Kelsen aponta para os mesmos aspectos de unidade, coerência e completude, muito embora distinga-se em relação à preocupação de contextualização histórica de conceitos e problemas colocados pela experiência normativa (Lafer, 2001, p. 76).

O ordenamento enquanto conjunto de normas evidencia a pluralidade como parte do conjunto e consequentemente surge um importante problema concernente à "relação das diversas normas entre si". Essa relação deve ser então considerada à luz da unidade do ordenamento jurídico (se as normas constituem uma unidade e de que modo a constituem), que pressupõe uma norma fundamental e implica a análise das fontes do Direito e o problema da hierarquia das normas dentro do ordenamento (Bobbio, 1997, p. 34). A característica de unidade do ordenamento jurídico implica concebê-lo como sistema, entendido como conjunto em que as normas tenham um relacionamento de coerência e

[23] Parte do trecho foi primeiramente escrito na obra *Teoria da Norma Jurídica* (Bobbio, 2001, p. 167), a totalidade do texto citado está presente, porém, na *Teoria do Ordenamento Jurídico*, fato que motivou a escolha pela referência.

[24] "Enquanto pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos. O termo 'direito', na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma" (Bobbio, 1997, p. 31).

CATOLICA-BIBLIOTECA

portanto compatibilidade entre si, excluindo antinomias (Bobbio, 1997, p. 71 et seq.).[25] A característica de completude, por sua vez, pressupõe a existência de previsão normativa para cada caso, inexistindo lacunas no ordenamento jurídico.[26] Ao tratar das relações entre os ordenamentos jurídicos, e consequentemente do pluralismo jurídico, Bobbio volta-se à teoria do historicismo jurídico, bem como àquela institucional do Direito (de Santi Romano), muito embora de forma mais aprofundada e evidenciando certa influência (Bobbio, 1982, p. 163 et seq.).

Bobbio entende que as duas teorias (o Direito enquanto organização/instituição e o pluralismo jurídico) são independentes e é extremamente crítico à concepção de Santi Romano do Direito como "organização", alegando que a teoria seria pouco elaborada e obscura quanto ao uso do termo. Por outro lado, o autor mostra-se aberto à teoria do pluralismo jurídico e reconhece sua necessidade no contexto social.[27]

[25] Sobre Bobbio e Luhmann ver Guibentif, 2005.

[26] "Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. (...) Portanto, o nexo entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem" (Bobbio, 1997, p. 115 et seq.).

[27] Sobre a visão de Bobbio em relação à Teoria da Instituição (particularmente na obra de Santi Romano), ver Bobbio, 2001, p. 28 et seq.), cita-se particularmente a p. 37: "Para nós, a Teoria da Instituição teve o grande mérito, mesmo prescindindo de seu significado ideológico, que não pretendemos discutir, de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito onde há um complexo de normas formando um ordenamento e, portanto, o Direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas; concluindo, uma norma jurídica não se encontra nunca sozinha, mas é ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo. Graças também à teoria da instituição, a Teoria Geral do Direito veio evoluindo cada vez mais da teoria das normas jurídicas à teoria do ordenamento jurídico, e os problemas que vêm se apresentando aos teóricos do direito são cada vez mais conexos à formação, à coordenação e à integração de um sistema normativo" Ver também Bobbio, 1977.

> O sucesso da teoria pluralista resultou do fato de que ela oferecia uma representação mais satisfatória da realidade social, exatamente no momento em que o fervilhar das forças sociais, o qual se seguiu à pressão da "questão social", ameaçava lançar pelos ares – e em alguns países já havia acontecido – a tampa do Estado. Romano apreendeu muito bem essa realidade quando observou que, se nos últimos séculos houve um contínuo processo de estatalização da sociedade, no presente encontrávamo-nos, presumivelmente, diante do processo inverso, que poderíamos denominar de socialização do Estado (Bobbio, 2007, p. 170).

A influência de Santi Romano sobre Bobbio delineia-se portanto não tanto na consideração do Direito enquanto ordenamento (essa influência é atribuída à Kelsen)[28] mas principalmente em uma fase posterior dentro de uma tendência de socialização do Estado e do Direito, evidenciando a pluralidade de ordenamentos jurídicos e, assim como Santi Romano, sem se deixar levar pela hipótese de reabsorção do Estado pela sociedade.[29]

Muito embora o interesse de Bobbio pelo positivismo de Kelsen (e a influência do autor austríaco sobre as suas posteriores fases de pesquisa), o autor italiano não escapou ao interesse por valores morais (típico de sua época) e movimentou-se dentro de uma progressiva mudança de paradigmas, como é possível observar em *Giusnaturalismo*

[28] (cf. Bobbio, 1982, p. 19 et seq.; Bobbio, 2007, p. 195).

[29] "É preciso reconhecer o mérito da teoria institucionalista de ter alargado os horizontes da experiência jurídica para além das fronteiras do Estado. Fazendo do Direito um fenômeno social e considerando o fenômeno da organização como critério fundamental para distinguir uma sociedade jurídica de uma sociedade não jurídica, esta teoria rompeu com o círculo fechado da teoria estatalista do Direito, que considera Direito apenas o Direito estatal, e identifica o âmbito do Direito com o do Estado" (Bobbio, 2001, p. 30 et seq.). Ver também (Bobbio, 1982, p. 163 et seq.; Bobbio, 2007, p. 164 e especialmente p. 170).

e positivismo giuridico (1965) e na coletânea de artigos *Dalla struttura alla funzione* (1977), nos quais Bobbio evidencia a crise do positivismo jurídico, muito embora o aceite devido ao rigor científico (Bobbio, 1995, p. 233 et seq.). A visão crítica do positivismo jurídico é aguçada pela concepção de mudança do Estado e da função do Direito e pela aproximação à teoria do realismo jurídico (evidenciando mais a efetividade da norma jurídica do que a sua validade), bem como pela difícil relação com os valores morais, refletindo uma aproximação também à Sociologia do Direito (Losano, 2007, p. xxxii). A concepção positivista de Bobbio associa-se então e cada vez mais a um direito social, enquanto "subsistema do sistema global da sociedade", evidenciando a pluralidade de fontes extralegislativas do Direito (com a crise do sistema proposto pelo positivismo normativo) e a função social, aproximando-o das Ciências Sociais.

A FUNÇÃO DO DIREITO

Após o estudo do positivismo jurídico, por meio do positivismo normativo de Kelsen, na análise crítica de suas limitações em relação ao contexto italiano do pós-Segunda Guerra e fortemente influenciado pelo Estado Social, o interesse de Bobbio desloca-se para a Filosofia política e ele passa a lecionar na Faculdade de Ciências Políticas.[30]

A forte concepção política e sociológica do Direito presente em Norberto Bobbio evidencia as mudanças jurídicas em consequência das alterações ocorridas quanto às funções do Estado.[31] Nesse sentido, ao

[30] Quanto à formação dos direito sociais e do Estado Social ver Bobbio, 2004.

[31] "O que caracteriza o momento atual dos estudos sobre o direito é o fato de que os juristas estão saindo de seu esplêndido isolamento" (Bobbio, 2007, p. 33). "A insatisfação intelectual de Bobbio nasce da constatação de que o moderno Estado social àquela altura permeara tão profundamente a sociedade a ponto de resultar transformado o próprio direito, enquanto regulador daquela mesma sociedade" (Losano, 2007, p. xli).

tratar da função promocional do Direito, Bobbio dá sequência às reflexões de Genaro R. Carrió (1966) no que respeita à profunda transformação que deu origem ao Estado Social e a consequente ampliação das funções do Estado, não mais voltado apenas para uma concepção liberal de não intervenção e manutenção da segurança coletiva, mas então incumbido de amenizar as desigualdades sociais.

> Tomando essa observação como ponto de partida, proponho-me a examinar um dos aspectos mais relevantes – e ainda pouco estudados na própria sede da teoria geral do direito – das novas técnicas de controle social, as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico: o emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas de desencorajamento. É indubitável que essa inovação coloca em crise algumas das mais conhecidas teorias tradicionais do Direito que se originam de uma imagem extremamente simplificada do Direito. Refiro-me, em particular, à teoria que considera o Direito exclusivamente o ponto de vista da sua função protetora e àquela que o considera exclusivamente do ponto de vista da sua função repressiva. É desnecessário acrescentar que, com freqüência, as duas teorias encontram-se sobrepostas: o direito desenvolve a função de proteção em relação aos atos lícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a repressão dos atos ilícitos (Bobbio, 2007, p. 2).

Uma das importantes diferenciações entre Kelsen e Bobbio está justamente na evidenciação e importância atribuída às sanções positivas e à função promocional do Direito. Kelsen concebe o Direito nos moldes de uma teoria estrutural, que pouco evidencia a sua função e preponderantemente o define por meio de sua estrutura de forma limitado à ameaça ou à sanção. A teoria positivista de Kelsen, mesmo consi-

derando a existência das sanções positivas, as concebe como de caráter secundário, visto que a essência dos sistemas jurídicos seria de caráter coercitivo.[32]

Bobbio foi além desse molde e propôs um ponto de vista histórico e funcional, voltado para a finalidade do direito dentro de um Estado social não apenas como forma de controle, mas também de direção social (Bobbio, 2007, p. 77; Losano, 2007, p. xxxviii). A concepção funcional manifesta-se portanto não apenas na função repressiva dos comportamentos violadores da norma, mas também na crescente função do Estado, exercida por meio do Direito, de promotor do bem-estar e da orientação aos comportamentos desejados por meio de normas premiais. Bobbio evidenciou no ordenamento jurídico, portanto, o "direito premial" como complementar do "direito penal", enquanto instrumento de orientação de condutas. De fato, a função promocional do Direito é um dos elementos de superação ou complementação de Bobbio ao positivismo normativo de Kelsen, evidenciando uma concepção sociológica e histórica do Direito, de certa forma já presente em Jhering.[33]

[32] "A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é um mal – a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa" (Kelsen, 2003, p. 26). "As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações. Estas, porém, não constituem característica comum a todas as ordens sociais, a que chamamos Direito, nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação" (Kelsen, 2003, p. 37). A leitura de Kelsen e que também é presente, por exemplo, em Carnelutti, é de que a sanção faz parte da norma (Carnelutti, 2008, p. 25).

[33] A obra de Ihering a qual se faz referência é a "A finalidade do direito", no Brasil publicada dentre outras pela Bookseller (Ihering, 2002; Ferraz Jr, 1997, p.10; Losano, 2007, p. xlii; Bobbio, 2007, p. 9, 64). "Tendo partido da concepção de Kelsen da função do

A evidenciação da mudança de paradigmas do Direito devido ao Estado Social leva Bobbio a analisar a teoria de Hayek (1966), que denota particularmente o aumento das normas de organização (ou secundárias) dentro do ordenamento jurídico. As normas de organização são aquelas pelas quais o Estado regula a ação dos próprios órgãos bem como a formação de grandes organizações (tanto dentro da estrutura do Estado quanto da sociedade civil), o aumento dessas normas reflete o aumento das funções estatais, presentes no Estado Social. Em paralelo ao crescimento de tais normas ocorre o aumento das normas positivas e das sanções positivas.

> A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais freqüente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo comecemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento como função promocional (Bobbio, 2007, p. 11).

Uma das diferenças entre os dois tipos de ordenamento anteriormente citados é que ao ordenamento de tipo protetor-repressivo interessa principalmente os comportamentos socialmente não desejados, visando ao seu combate, enquanto que ao ordenamento de tipo promocional interessa principalmente os comportamentos socialmente desejáveis, visando sua realização. O ordenamento repressivo visa a tornar a ação não desejada socialmente impossível, difícil e/ou desvanta-

Direito, isto é, da teoria do Direito como ordenamento coativo, interessa-me mostrar se, e em que medida, essa teoria é colocada em crise pela descoberta da função promocional do Direito" (Bobbio, 2007, p. 73).

josa, enquanto o ordenamento promocional visa a tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa (Bobbio, 2007, p. 15). O agir do Estado pode ocorrer então no encorajamento "sobre as consequências do comportamento ou sobre as modalidades, sobre as formas, sobre as condições do próprio comportamento". Tal fato observa-se no ordenamento promocional por meio das leis de incentivo que permitem a facilitação da ação (ex.: subvenção) e a sanção positiva (ex.: isenção fiscal). Do ponto de vista estrutural, Bobbio observa que a medida repressiva (desencorajamento) apresenta uma ameaça, enquanto a promocional (encorajamento) revela uma promessa e que tais concepções denotam relações distintas baseadas na inversão do sujeito ativo e passivo da relação obrigacional: como exemplo, quando o indivíduo pratica um comportamento desencorajado por uma ameaça do Estado, aquele que ameaçou (o Estado) tem o direito de executar a ameaça, enquanto que se o indivíduo pratica um comportamento encorajado por uma promessa (do Estado), ele tem o direito de que a promessa seja mantida (pelo Estado). Tais concepções revelam de um ponto de vista funcional a busca por conservação (inércia, não realização de certos comportamentos) ou mudança social (ação, transformação).

Neste âmbito, as normas de conduta (repressiva ou promocional/encorajamento) e as de organização evidenciam, então, funções distintas do Direito: na primeira o Direito é concebido como instrumento para "tornar possível a convivência de indivíduos (ou grupos) que perseguem, cada qual, *fins individuais*"; na segunda o Direito é concebido como instrumento que torna "possível a cooperação de indivíduos (ou grupos) que perseguem um *fim comum*". As normas de organização tornam-se então um dos elementos de caracterização do Estado Social, denotando que as funções do Direito adaptam-se às funções as quais o Estado se propõe e que à medida que as normas de organização (ou normas técnicas) forem ampliadas, em detrimento das normas de conduta, "não deveríamos mais falar do direito como instrumento de controle social, pois seria mais apropriado falar em "direção social" (Bobbio, 2007, p. 44).

> Isso posto, é preciso, de imediato, acrescentar que o reconhecimento da importância do Direito promocional não é, em absoluto, incompatível com a consideração instrumental do Direito, própria da teoria kelseniana: o uso de sanções positivas, ou, de qualquer forma, de incentivos econômicos, nada mais é que uma técnica específica de organização social. Mesmo depois de termos percebido que o Direito não se limita a reprimir, mas estimula ou promove, podemos continuar a afirmar, como faz Kelsen, que o Direito é um meio, e não um fim. Quando chegamos, ainda, a sustentar que o Direito é a organização não apenas do poder coativo, mas também do poder econômico, não escapamos de um determinado modo de entender a especificidade do Direito, que consiste precisamente em considerá-lo uma forma de "organização social". Contudo, chegados neste ponto, somos reconduzidos, novamente, da análise funcional à estrutural (Bobbio, 2007, p. 77).

As duas concepções da função do Direito podem e devem ser vistas como complementares, reconhecendo no ordenamento jurídico tanto a função coativa quanto a função promocional e evidenciando portanto o Direito (do ponto de vista funcional) "como forma de controle e de direção social". A afirmação do autor evidencia novamente sua ideologia política social-democrática de tradição liberal, mas ao mesmo tempo denota a necessidade de compreensão do Direito enquanto instrumento de um Estado Social.[34]

[34] A ideologia de Bobbio é de matriz liberal, mas consciente das limitações do liberalismo, com forte tendência social-democrática. Bobbio explica sua participação política no "Partido da Ação", logo após o fim do fascismo. O partido era "formado por intelectuais provenientes em sua maioria da tradição liberal e democrática, tinha muito pouco em comum seja com os comunistas, seja com os socialistas. Sua orientação, sem dúvida, era à esquerda, mas tinha suas raízes na história do liberalismo europeu" (1998, p. 72, 77).

A FUNÇÃO DO JURISTA

Ao visualizar a transformação do lugar e da função do Direito, observa-se também a proposta de visão de uma nova função do jurista que vai além do papel do "jurista como conservador e transmissor de um coro de regras já dadas" e passa a ser entendido como "criador, ele mesmo, de regras que transformam – a ele integrando-se e inovando-o – o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico" (Bobbio, 2007, p. 37 et seq.). Essa concepção de Bobbio é próxima da posterior concepção pós-positivista presente em autores como Zagrebelsky (2005, p. 131 et seq.).

A definição da função do jurista é variável conforme o tipo de sistema jurídico, a situação social e a concepção do Direito (e sua relação com a sociedade). A realidade na qual se enquadra o jurista "no universo dos países de estrutura econômico-capitalista e de primazia do regime liberal-democrático" é a de contextualizado em um sistema aberto, em uma sociedade em transformação, com uma ideologia do Direito como reflexo da sociedade e implicando uma ciência do Direito livre, inovadora e realista, em que o Direito não é um sistema de regras postas e estáticas, mas um conjunto de regras dinâmicas, em movimento. Nessa linha, Bobbio parafraseia Max Rumpf e define o objeto da ciência jurídica ou "da investigação e da exposição do jurista" como não sendo tanto "as normas, mas a vida social enquanto sujeita às normas".[35]

[35] "De resto, não há nada de novo sob o sol: meio século atrás, falaríamos da revolta dos fatos contra as leis, da emergência de um 'direito social' contra o direito do Estado" (Bobbio, 2007, p. 40 et seq.). "É desnecessário recordar que, não apenas no campo da política do direito, mas também da reflexão sobre o direito estabelecido, houve, nesses anos, um despertar do interesse pela atividade criadora do juiz, por meio da distinção entre aquilo que o juiz diz que faz – ou acredita fazer – e aquilo que efetivamente faz, com a afirmação da exigência de um maior empenho do juiz no trabalho de adaptação do direito às mudanças sociais. Contudo, o mais importante é que se chamou a atenção para a função não apenas de reconstrução, mas também normativa do trabalho dos juristas, os quais, segundo a imagem transmitida pela escola do positivismo jurídico, jamais deveriam ter erguido os olhos para além do horizonte do *jus conditum*" (Bobbio, 2007, p. 42).

A INFLUÊNCIA DE BOBBIO NO BRASIL

O sucesso da obra de Bobbio na América Latina e na Espanha é fruto de uma história de publicações e baseada em interesses ligados à Teoria Geral do Direito e à Filosofia Política. No Brasil, as obras de Bobbio foram evidenciadas por Miguel Reale, filósofo do Direito e civilista, coetâneo de Bobbio, a partir da década de 60 com a iniciativa de inclusão, na "Coleção Direito e Cultura", da Editora Saraiva, de monografia de autoria do Padre Astério de Campos sobre as teorias de Bobbio.[36] Posteriormente, pode-se evidenciar também a presença de Norberto Bobbio no Brasil em 1983, em um evento a convite da Universidade de Brasília.

A influência do pensamento de Bobbio sobre os juristas brasileiros seria atribuída por Celso Lafer ao fato de o filósofo "analisar problemas concretos colocados pela experiência jurídica", indicando como prova o fato de obras de Bobbio (*A Era dos Direitos* e *Elogio della mitezza*) serem citadas nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal que levaram à decisão do pedido de *habeas corpus* n. 82424-2 e à posterior condenação por racismo de Sigfried Ellwanger pelo mesmo Tribunal em setembro de 2003.

[36] A obra em questão é *O pensamento jurídico de Norberto Bobbio* (Campos, 1966). Expressa Reale que "Quando, em 1983, Norberto Bobbio veio ao Brasil, a convite da Universidade de Brasília, coube-me a honra de saudá-lo em nome dos pensadores brasileiros. Lembrei, de início, que tivera a iniciativa, na década de 1960, de tornar mais conhecido seu pensamento entre nós graças à inclusão, na 'Coleção Direito e Cultura', por mim dirigida na Editora Saraiva, de bem escrita monografia de autoria do Padre Astério de Campos sobre suas teorias" (Reale, 2014, p. 131). A proximidade entre o pensamento de Bobbio e a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale é atestada pelo autor no texto citado. Sobre a presença e os debates ocorridos na UNB em 1983, com a presença de Bobbio, vale a leitura de Cardim, 2001.

CATOLICA-BIBLIOTECA

Afirmar o início da influência de Bobbio sobre os ministros do Supremo Tribunal Federal é difícil e envolve pesquisa específica e mais aprofundada sobre o tema, mas pode-se destacar que as referências às obras de Bobbio ocorrem desde muito antes de 2003 e vão além daquele ano em várias decisões da Instituição, por vários ministros, nos mais variados tipos de ação e com os mais variados temas. Observa-se, por exemplo, referência a Bobbio no voto do ministro Celso de Mello no MS 21564-0/DF, que tem por objeto os procedimentos a serem aplicados pela Câmara dos Deputados no processo de *impeachment* contra o então presidente Fernando Affonso Collor de Mello.[37]

Observa-se também a referência a Bobbio em outros importantes caros mais recentes, como no processo de extradição de Cesare Battisti (Ext. 1085), com referência à obra *Dicionário de Política* em coautoria com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; no processo que visa à busca pelo reconhecimento do direito de antecipação terapêutica do parto, em casos de gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54), citando *O positivismo jurídico*; e na Ação Penal 470 (Mensalão), em seus agravos regimentais, citando a *Teoria do ordenamento jurídico* e *As Ideologias e o Poder em Crise*. Outras referências também são feitas a livros e artigos ou capítulos de livros como podemos observar em relação ao *O futuro da democracia*, *Teoria generale del diritto*, *Des critéres pour résoudre les antinomies*.[38] As obras de Bobbio citadas nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal mostram a influência do autor não apenas em âmbito de Teoria Geral

[37] O ministro Celso de Mello cita em seu voto as obras *O futuro da democracia* e *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

[38] Ver como exemplo: RMS 30461 AgR / DF; ARE 728188 / RJ; HC 119538 AgR / SP; RE 578543; ADI 2198; MS 31816 MC-AgR / DF; HC 109213 / SP; RE 477554 AgR / MG; ADPF 132; ADI 4277; MS 30260 / DF; ADPF 153; MS 28177 MC-AgR / DF; ADPF 130; RE 351750.

e Filosofia do Direito, mas também em Filosofia Política, muitas vezes evidenciando a particular atenção para com o valor da democracia nas decisões que envolvem temas políticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As características da pesquisa jurídica de Bobbio, bem como o seu desenvolvimento, o contextualizam no que a doutrina tem chamado de pós-modernidade (cf. Barroso, 2001, p. 1 et seq.). Nesse âmbito, o autor italiano não apenas manifestou contínuo interesse pelo estudo do poder mas defende que é por meio desse que a teoria jurídica e a teoria política se complementam. A pesquisa jurídica de Bobbio relaciona-se, portanto, com uma concepção de política voltada a valores sociais contextualizados em uma liberal-democracia, refutando as pretensões de uma ciência jurídica isolada das ideologias sociais.[39]

A convergência entre Direito e poder, na obra de Bobbio, não significa reduzir um ao outro conforme o modelo de Kelsen. O poder por meio da força faz-se necessário para a realização do ordenamento jurídico e consequentemente da organização social, mas não exclui a complementaridade apresentada por normas provenientes de outras fontes. O Direito é

[39] "Para ele, e é um dos mais relevantes legados de seu fecundo magistério, liberdade e igualdade são valores necessariamente complementares, o que o fez – a exemplo do que já o fizera Carlos Rosselli, na longínqua década de 1930 – optar pelo 'socialismo liberal', após várias experiências, intensamente vividas, como a do marxismo e da social-democracia. Liberalismo e socialismo, a seu ver, não são ideias ou ideais contrapostos, mas que devem, ao contrário, se conciliar entre si, na medida em que o permitam as variáveis situações históricas de cada povo. Essa conclusão não o impedia de considerar-se um 'homem de esquerda', posição que, a seu ver, se justificará até e enquanto houver tantas desigualdades e exclusões sociais como as que ainda existem" (Reale, 2014, p. 134).

apresentado então por um lado como imposição do Estado, que por sua vez é fruto da sociedade, e por outro lado como diretamente fruto da sociedade por meio do pluralismo jurídico (Lafer, 2001, p. 77).

Bobbio evidencia ainda que por meio das transformações aportadas ao Estado (tornando-o Estado Social) modificou-se também a concepção e a função social do Direito. A "nova" concepção evidenciada por Bobbio aproxima-se daquela de Santi Romano ao denotar o Direito como ordenamento com função de organização ou direção social, conjugando-a à concepção de Kelsen, que entende o Direito como forma de controle social (Bobbio, 2007, p. 37).[40]

Observa-se, portanto, que a concepção e evidência das normas premiais por Bobbio permitem ir além dos elementos do positivismo kelseniano, de concepção predominantemente coercitiva do ordenamento jurídico e consequentemente do Direito, denotando o Direito não apenas como estrutura normativa com função de controle, mas também com função promocional que se reflete na direção social.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/demo_kelsen.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

[40] O debate sobre a função do direito também apresenta desdobramentos por meio da tipologia das normas denotando que as regras de conduta o apresentam como instrumento para que os indivíduos convivam e busquem seus objetivos individuais; enquanto que as normas de organização o evidenciam como instrumento que possibilita a cooperação de indivíduos (ou grupos) na busca de um objetivo comum (Bobbio, 2007, p. 44).

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf+&cd=1&hl=pt--BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 set. 2014.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Diário de um século:* autobiografia. Tradução Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1982.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1997.

_____. Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano. In: RUFFIA, Paolo Biscaretti di (Org.). *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*. Milano: Giuffrè, 1977.

_____. Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMPOS, Asterio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. São Paulo: Saraiva; Universidade de São Paulo, 1966.

CARDIM, Carlos Henrique (Org.). *Bobbio no Brasil:* um retrato intelectual. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Campinas, São Paulo: Russell, 2008.

CARRIÓ, Genaro R. Sul concetto di obbligo giuridico. In: "*Rivista di filosofia*", LVII, 1966.

DIZIONARIO di filosofia politica Treccani, vocábulo Norberto Bobbio. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/norberto--bobbio_%28Dizionario-di-filosofia%29/>. Acesso em: 14 ago. 2014.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Universidade da Beira Interior, 2005. Disponível em: <cadeiras.iscte.pt/SDir/2006_Dir_na_obra_de_niklas_Luhmann. Pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.

HAYEK, Friedrich August von. The principles of a liberal social order. In: *"Il Politico"*, XXXI, 1966.

IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso Norberto Bobbio. Teoria do ordenamento jurídico. In: CARDIM, Carlos Henrique (Org.). *Bobbio no Brasil:* um retrato intelectual. Brasília: UNB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri, SP: Manole, 2007. (Prefácio à edição brasileira).

NEGRI, Antonio. *Resenha de Bobbio*: o futuro da democracia e qual socialismo? Disponível em: <http://www.fau.usp.br/docentes/depprojeto/c_deak/CD/3publ/90negri/index.html#n1>. Acesso em: 28 set. 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alceu de. Prefácio. In: PASOLD, Cesar Luiz. *Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

REALE, Miguel. *Legados de Norberto Bobbio*. Disponível em: <www.academia.org.br/abl/media/prosa13.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2014.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Boiteux, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*. Madrid: Trotta, 2005.

UMA CHAVE DE LEITURA PARA A FILOSOFIA DO DIREITO DE HABERMAS

Delamar José Volpato Dutra

A conexão da obra de Habermas com a Filosofia Política e Jurídica é visceral e pode ser traçada desde os seus primeiros escritos até as suas últimas obras. Não que todos os textos do autor tenham relação com a Filosofia Política, mas uma boa parte deles tem. O presente estudo visa a apresentar uma chave de leitura da Filosofia Política de Habermas, especialmente para a sua obra sobre a Filosofia do Direito. Bem entendido, o objetivo é mais apresentar uma chave de leitura do que propriamente uma interpretação específica do tema no autor.

DIREITO E DEMOCRACIA, UM MARCO DIVISOR

Faktizität und Geltung, 1992, traduzida para o português com o título *Direito e democracia*, tem como objetivo "introduzir a categoria do direito [...] na ótica do agir comunicativo" (Habermas, 1997a,[1] p.113). Que o tema do Direito seja importante para Habermas pode ser provado pelo fato de ele ter dedicado um dos principais livros de sua carreira ao tema.

[1] Uma vez que a obra *Direito e Democracia* de Habermas tem dois volumes que foram publicados no mesmo ano, vamos adotar para o volume 1 (1997a) e para o volume 2 (1997b).

Tomar-se-á uma formulação desse livro como chave para ler a Filosofia Política e Jurídica do autor. O texto apresenta uma distinção importante para os objetivos do presente estudo, a saber, aquela entre faticidade e validade, o que pode ser vislumbrado no próprio título da obra em comento. O conceito de validade jurídica é deveras complexo, tanto que Habermas o expõe como *dimensões* da validade jurídica. A explicação de tais dimensões pode ser apresentada pelos seguintes conceitos (Habermas, 1997a, p. 50): 1) Validade fática ou social [*soziale oder faktische Geltung*]: "A *validade social* de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito" (Habermas, 1997a, p. 50); 2) Faticidade produzida artificialmente [*artifiziell hergestellte Faktizität*]: trata-se da ameaça de sanção; 3) Legitimidade ou validade ideal [*Legitimität oder Gültigkeit*]: trata-se da fundamentação discursiva de uma pretensão de validade.[2] 4) Faticidade social [*soziale Faktizität*] ou fatos sociais [*soziale Tatsachen*] (Habermas, 1997a, p. 55).

Aprende-se que há uma dupla faticidade, a faticidade da própria validade e a faticidade da sanção. A primeira pode ser considerada natural no sentido de resultar dos costumes realmente aceitos; a segunda é artificial no sentido de que a sanção é um meio criado pela sociedade a fim de impor seus objetivos e comportamentos esperados. Desse modo, até o momento não se avançou mais do que um positivista como Hart avançaria.

No conjunto dos elementos anteriores, não se viu, ainda, como a legitimidade opera. Habermas introduz o conceito de legitimidade do seguinte modo. Por um lado, ela independe de sua instituição fática; por outro lado, a validade social [*soziale Geltung*] e a obediência

[2] A caracterização do termo *legitimidade* neste ponto do texto parece ser discrepante de (Habermas, 1997a, p. 196).

fática [*faktische Befolgung*] variam de acordo com a fé na legitimidade do Direito, e esta fé baseia-se na suposição de que a norma possa ser justificada, ou seja, trata-se da resgatabilidade discursiva da pretensão de validade com base em razões pragmáticas, éticas e morais. De tal forma que, quanto menos uma ordem jurídica for legítima, ou considerada legítima, tanto mais fatores como a intimidação, a força das circunstâncias, o costume, o mero hábito, passam a ser substitutivos da legitimidade para estabilizar uma tal ordem (Habermas, 1997a, p. 50-51). Dito claramente, a força vinculante do Direito tem conexão com a legitimidade (Habermas, 1997a, p. 60).

Nesse sentido, se o mundo vivido for considerado uma espécie do gênero *soziale oder faktische Geltung*, então pode-se entender a dicção de Habermas segundo a qual o agir comunicativo está situado entre o discurso e o mundo vivido: "o lugar teórico do agir comunicativo, situado entre discurso e mundo da vida" (Habermas, 1997a, p. 40-41). Na verdade, a tensão primitiva entre a faticidade da aceitação da pretensão de validade e a sua pretensão de aceitabilidade racional habita a ação comunicativa. Ora, é essa tensão estrutural da comunicação que reaparece no Direito (Habermas, 1997a, p. 60).

Pois bem, o primeiro ponto a considerar é este da distinção entre faticidade e validade como componente estrutural da validade jurídica. O segundo ponto importante é que tais aspectos não estão fundidos em um amálgama indissolúvel, como parece ser o caso no mundo vivido, mas estão em uma relação de tensão, ou seja, a imposição fática, coativa, do Direito, está ligada com a legitimidade de sua gênese, via processos comunicativos, mas estes dois elementos estão em uma relação tensa, de tal forma que normas podem viger juridicamente, mesmo sendo ilegítimas, bem como normas legítimas podem não ter a força da lei, não serem vigentes (Habermas, 1997a, p. 48).

CATOLICA-BIBLIOTECA

São estes dois elementos, quais sejam, a faticidade e a validade do Direito, bem como a relação tensa entre ambos, que fornecem uma chave interpretativa para a leitura da obra de Habermas sob o ponto de vista político-jurídico, como ver-se-á na sequência.

TENSÃO EXTERNA E TENSÃO INTERNA: a política

A concepção de uma tensão interna e externa entre a faticidade e a validade é introduzida em relação ao que ocorre no Direito, no contexto de *Direito e democracia*, não obstante ela pode ser estendida para se interpretar o conjunto da obra política de Habermas, senão vejamos.

Na obra em apreço, a tensão entre faticidade e validade própria do Direito ocorre de dois modos: de forma externa e de forma interna. Essa distinção entre uma tensão interna ao Direito e uma tensão externa a ele determina duas consequências que precisam ser mencionadas.

A primeira é dividir *Direito e democracia* entre os capítulos que tratam da tensão interna e os que abordam a tensão externa. Os capítulos I, II e VII tratariam da tensão externa. Talvez, fosse conveniente incluir nesse diapasão também o capítulo VIII da obra. Por seu turno, a tensão entre faticidade e validade interna ao Direito seria o objeto de estudo dos capítulos III, IV, V, VI e IX (Habermas, 1997b, p. 113; Habermas, 1997a, p. 10).

A segunda consequência é justamente trazer para a presente estrutura teórica a política. É de se mencionar que Habermas distingue claramente: Ciência Política, Filosofia, Teoria do Direito e Doutrina ou Dogmática Jurídica. A Ciência Política trata de ordens jurídicas concretas (Habermas, 1997a, p. 241). A Filosofia é o que ele afirma ter feito nos capítulos III e IV da obra: "o teórico *diz* para os civis quais são os direitos que eles *teriam que* reconhecer reciprocamente, caso desejassem

regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo" (Habermas, 1997a, p. 163). Dito claramente, trata-se da determinação *in abstracto* dos princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais (Habermas, 1997a, p. 241-242). A Teoria do Direito, por seu turno, versa sobre um sistema jurídico em um sentido mais estrito (Habermas, 1997a, p. 242, 244),[3] por exemplo, um sistema que tenha controle de constitucionalidade judicial. Ela difere da Doutrina ou Dogmática Jurídica pela "[...] pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade" (Habermas, 1997a, p. 244).

Como dito, a tensão própria do Direito traz à cena a política. Isso ocorre porque a tensão entre faticidade e validade pressupõe que uma aceitação média das regras depende de coerção, uma vez que não se pode exigir uma aceitabilidade racional por parte de todos. Na verdade, é possível vislumbrar na mencionada aceitabilidade dois aspectos, um cognitivo e outro motivacional. Ou seja, tanto pode ser o caso de não se ter uma formulação racional de uma dada problemática normativa, como em relação à eutanásia, como pode ser o caso de uma dada formulação racional carecer de motivação suficiente, por exemplo, certas pessoas podem querer escravizar outras ou submetê-las a condições análogas àquelas de escravo, muito embora estejam convencidas de que a escravidão seja errada. Por uma razão ou por outra, uma aceitação média das regras, ou seja, aceitação pela maioria, é assegurada pela ameaça de sanção.

Ora, o aspecto coercitivo do Direito depende do poder político (Habermas, 1997a, p. 61). Para explicar isso Habermas advoga uma série de relações humanas que exorbitam do Direito. Dito de outra forma, há meios sistêmicos e comunicativos de integração social. São meios

[3] O obra de Dworkin parece ser entendida por ele como sendo de Teoria do Direito (Habermas, 1997a, p. 244-245).

sistêmicos: o poder administrativo ou político não domesticado juridicamente e o mercado (Habermas, 1997a, p. 61). Nesse sentido, o Estado de Direito pode ser entendido como uma tentativa de domesticar juridicamente o poder administrativo do Estado, via regras secundárias que estabelecem poderes e competências, criando a autoridade. O Direito é uma criatura que depende de coerção para existir, no entanto ele não produz coerção, mas empresta-a de outras fontes. Por outro lado, sistemas como a família e a educação nas sociedades parecem ser regidos por determinações comunicativas. Ou seja, o poder, o mercado, a família, a educação, são regidos por padrões próprios, sistêmicos ou comunicativos, e por padrões jurídicos (Habermas, 1997a, p. 243).[4] Por essa razão, quem sabe, ordens jurídicas desmoronam e problemas econômicos não se resolvem por decreto.

Como já mencionado, a estabilidade de uma ordem jurídica tem conexão com a fé na sua legitimidade. Além disso, elementos normativos encontram-se já incorporados nas práticas políticas, ainda que de forma distorcida, de tal forma que uma descrição adequada do funcionamento de um sistema político constitucionalmente organizado não pode ser feita sem ter em conta a dimensão da validade do Direito e a força legitimatória da sua gênese democrática. É por isso que, seja sob o ponto de vista da tensão entre faticidade e validade interna ao Direito, seja sob o viés da tensão externa, o ponto nevrálgico da questão será sempre a legitimidade, ou a justificação das normas. É nesse sentido que se deve entender a política, ou seja, como a gênese das leis, gênese esta que lhes dá uma marca de legitimidade, de validade normativa.

Desse modo, a política tem espectro amplo, sendo um deles aquele da política legislativa. Esta se desenvolve com base em pressupostos comunicativos e em processos equitativos. Trata-se da política

[4] É de se destacar uma formulação destoante desta em Habermas, 1997a, p. 153, 243.

domesticada juridicamente, a qual manifesta a tensão interna ao Direito entre faticidade e validade. Um outro aspecto é aquele da relação com a política como arena de processos de poder, que é regida por interações estratégicas. Neste caso, trata-se da tensão entre faticidade e validade externa ao Direito.

O conceito de política em Habermas só pode ser explicado tendo em vista o conceito de poder comunicativo, o qual precisa, antes de tudo, ser justificado como sendo um poder. O ponto de partida para dar conta desse conceito é aquele da liberdade comunicativa, a liberdade de dizer sim ou não a um proferimento. Em geral, tal liberdade é mobilizada para dar conta de determinações cognitivas, ou seja, dar conta da validade das normas ou proferimentos (Habermas, 1997a, p. 186). A questão que se põe é: Como surge, do funcionamento das liberdades comunicativas, um tipo de poder peculiar? (Habermas, 1997a, p. 185). Segundo Habermas, a produção discursiva de crenças partilhadas intersubjetivamente tem também força [*Kraft*] motivacional. Ora, essa força motivacional, ainda que fraca, aparece como geradora de potenciais de poder [*Machtpotentialen*] (Habermas, 1997a, p. 186). Essa ocorrência seria suficiente para criar um novo fato social [*neue soziale Tatsache*] que não poderia ser ignorado pelo poder administrativo do Estado (1997a, p. 186-187). Fenômenos como o da desobediência civil atestariam uma tal realidade (1997a, p. 188). Habermas recorre, nesse particular, à distinção arendtiana entre poder e violência para dar conta de explicar esse fenômeno.

Essas formulações permitem explicitar o conceito de política em Habermas. A política inclui o poder comunicativo e o poder administrativo, sendo este último o poder constituído, institucionalizado e portador de autoridade. Na verdade a política inclui três fatos sociais básicos: o poder comunicativo, o poder administrativo e o poder do mercado

(Habermas, 1997a, p.189-190). O Direito acaba sendo um mediador dessas três determinações, pois ele é capaz de transformar o poder comunicativo e o poder do mercado em poder administrativo.

Isso tem a capacidade de mostrar, também, por que não há uma prioridade moral do sistema dos direitos em relação ao poder político, pois "o direito se liga *naturalmente* a um poder comunicativo capaz de produzir direito legítimo" (Habermas, 1997a, p.188). É nesse sentido que se pode falar de uma co-originalidade entre autonomia privada e pública.

A POLÍTICA DOMESTICADA PELO DIREITO

O ponto de partida de Habermas são os direitos subjetivos cunhados na modernidade, exemplarmente por Hobbes (Habermas, 1997a, p. 48) e por Kant (1997a, p. 114). Esse ponto de partida justifica-se porque tais direitos são adequados para indivíduos que agem de forma autointeressada e que não necessariamente se orientam por padrões éticos ou morais (Habermas, 1997a, p. 114). Sem embargo, como já salientado, a questão da legitimidade não pode ser simplesmente eliminada, seja por razões empíricas, seja por razões conceituais. Razões empíricas remetem ao fato de que as ordens jurídicas se autocompreendem como legítimas e só desse modo são estáveis. Razões conceituais dizem respeito ao fato de que, para Habermas, as normas jurídicas são pretensões de validade a demandar fundamentação discursiva. Ora, para ele, é justamente a legitimidade entendida como aceitabilidade racional que remete ao processo legislativo como fonte da legitimidade, posto que é nesse âmbito que se opera a gênese da lei. Nesse particular, o viés propriamente político reside na conexão que o poder Legislativo tem com a soberania popular (Habermas, 1997a, p. 114-115).

No capítulo III do livro, isso é formulado como um paradoxo, qual seja, aquele do surgimento da legitimidade a partir da legalidade (Habermas, 1997a, p. 115). O paradoxo ocorre porque o conceito de legalidade alivia os indivíduos do fardo da motivação moral, ou da motivação pela busca dos melhores argumentos, porém a legitimidade exige justamente uma motivação firme no sentido da busca do melhor argumento. De fato, esse paradoxo está no centro do mencionado capítulo. Nele, Habermas configura um sistema de direitos, e o conjunto quatro de tal sistema estrutura a racionalidade comunicativa juridicamente, ou seja, configura a racionalidade comunicativa segundo a forma da legalidade, a qual desvincula de motivações específicas a ação dos indivíduos, mormente as motivações morais (Habermas, 1997a, p. 154 et seq.). Sendo, porém, a legitimidade dependente de motivação específica, qual seja, a busca dos melhores argumentos, como ela poderia brotar do exercício de direitos que justamente não estabelecem vínculos motivacionais específicos? Segundo Habermas, tal pode ocorrer porque, muito embora não haja vínculos motivacionais específicos na forma jurídica do sistema dos direitos, a motivação exigida pela legitimidade fica aberta como possibilidade de manifestação em tal estrutura juridicamente concebida. Ou seja, se por um lado, tal estrutura não demanda motivação específica, por outro lado ela não proíbe qualquer motivação, ficando aberta a possibilidade de a racionalidade comunicativa se manifestar nos interstícios do processo legislativo. Com isso, Habermas pode compatibilizar a liberdade privada e a liberdade pública, ou seja, os direitos humanos e a soberania popular (Habermas, 1997a, p. 116 et seq.). Mais que isso, ele consegue equacionar de uma forma complementar a moral e o Direito (Habermas, 1997a, p.139 et seq.), atribuindo a premissas da Filosofia da consciência e à metafísica do Direito Natural a inadequada subordinação do Direito à moral, que fundamentaria os direitos em determinações naturalistas

ou apriorísticas. Como se sabe, Habermas pretende superar ambos os aspectos mediante a sua teoria discursiva do Direito (Habermas, 1997a, p. 115).

A juridicização proposta por Habermas ocorre em sentido amplo. Ela perpassa as liberdades individuais, depois as liberdades comunicativas, o que leva à estruturação de um sistema capaz de produzir direitos legítimos. A domesticação jurídica, contudo, tem de se estender também para o poder administrativo do Estado, que é aquele poder que detém o monopólio da sanção, como visto, uma faticidade artificial. Isso implica constituir instituições que produzam direitos com marca de legitimidade, o que ocorre com a criação do poder Legislativo, e instituições que garantam que o poder Executivo se determinará pelos parâmetros ditados pelo poder Legislativo. A configuração desse esquema constitui os ditames do Estado de Direito democrático.

Assim, o Direito é gestado de forma ampla pelos caminhos ditados por regras secundárias, regras de segunda ordem, que são elas próprias regras jurídicas. Desse modo, partidos são constituídos, há eleições de representantes com mandato limitado. Os parlamentares atuam de acordo com regras próprias. Depois de um longo processo parlamentar, na maioria das vezes com sanção do Executivo, a lei entra em vigor e vincula a todos, inclusive o poder administrativo do Estado.

Como ocorre a legitimidade do Direito no processo legislativo? Por um conjunto de razões que são próprias para normas de cunho jurídico. Tais razões são geradas comunicativamente, em geral, nos corpos parlamentares. Elas incluem razões morais, éticas e pragmáticas, bem como negociações equitativas. Uma razão moral é aquela que pode ser aceita por todos; uma razão ética remete aos valores próprios de uma determinada comunidade, por exemplo, a sua língua, a sua cultura, a

sua identidade;[5] razões pragmáticas atendem a estratégias adequadas para certos objetivos, por exemplo, leis que regulam o trânsito. Por fim, Habermas admite haver interesses não passíveis de consenso ou entendimento, por exemplo, interesses econômicos, como aqueles que existem entre patrões e empregados. Neste caso, a solução adequada ou legítima deve ter por base negociações que transcorram em condições comunicativas, as quais tornam equitativos os compromissos resultantes (Habermas, 1997a, capítulos IV, II). Nas negociações, forma-se uma vontade agregada; no âmbito ético dos valores, forma-se uma vontade autêntica e, no âmbito moral, uma vontade autônoma (Habermas, 1997a, p. 225).

Esse conjunto amplo de razões, incluindo as negociações, cria um conceito próprio de validade para o Direito distinto daquele da moral. Aliás, o próprio termo *legitimidade* é reservado por Habermas para caracterizar a validade jurídica como distinta da validade moral, para a qual ele reserva o termo *justiça*. O característico da legitimidade é um momento volitivo de decisão, ausente na validade moral. Na validade moral opera somente a força dos argumentos. No âmbito do Direito, em um dado momento, há uma decisão que tangencia elementos volitivos, o que determina uma validade social que pode vir acompanhada inclusive pela sanção própria do poder administrativo do Estado (Habermas, 1997a, capítulos IV, II). Esses esclarecimentos explicam, também, por que o funcionamento normal dos canais decisórios regulados pelo direito é majoritário (Habermas, 1997a, p. 223-224). Isso explica, ademais, o caráter problemático e limitado da decisão majoritária, pois ela pode ser

[5] Dworkin exemplifica do seguinte modo questões de identidade: "[...] prayer in state schools, or teaching that the creation of the universe is the work of an intelligent designer, [...]" (2013, p. 116).

discrepante da justiça, que é uma determinação distinta da legitimidade, uma vez que o procedimento para o estabelecimento de normas justas exige unanimidade.

Vale anotar que o autor, muito embora advogue a separação de poderes, é perfeitamente ciente de que a produção do Direito ocorre também quando a lei é interpretada e executada. Esse elemento legislativo da aplicação do Direito é mais palpável no instituto do controle de constitucionalidade judicial, que é o objeto de estudo do capítulo VI do texto. Já no âmbito executivo o papel legislativo saliente ocorre no poder regulamentador do Estado, por exemplo, aquele exercido pelas agências reguladoras (Habermas, 1997a, p. 243).

Vê-se, portanto, por que a tensão entre validade e faticidade, neste viés, é interna ao Direito. Isso ocorre porque a validade ideal [*Gültigkeit*] do direito só pode se temporalizar como validade fática [*faktische Geltung*]. Melhor dito, a "regra da maioria mantém uma relação interna com a busca da verdade, na medida em que a decisão tomada com maioria forma apenas uma cesura [*Zäsur*] numa discussão em andamento, fixando de certa maneira o resultado provisório de uma formação discursiva da opinião" (Habermas, 1997a, p. 223).

A POLÍTICA E A ESFERA PÚBLICA

Segundo Habermas, há fatos sociais que mantêm uma relação externa com o Direito. Tais fatos mantêm uma relação externa com o Direito porque "[...] intervêm no sistema jurídico a partir de fora," e, por isso, "[...] podem ser descritos isoladamente" (Habermas, 1997a, p. 55). Compõe a mencionada faticidade social, parece, o poder administrativo do Estado, o mercado, uma vez que o poder comunicativo, como momento fático, mantém uma relação interna com a validade do Direito, muito embora possa também tensionar externamente o Direito vigente.

Na linha argumentativa aberta nos dois capítulos iniciais do livro, Habermas configura um conjunto de faticidades, e algumas delas geram uma tensão interna com a validade do Direito, dado que a validade ideal do Direito não pode ser descrita de forma separada dessa faticidade, ou seja, no Direito, a *Gültigkeit* é sempre esquematizada como *Geltung*, no sentido em que estes termos foram definidos no início do presente estudo. Essa esquematização não ocorreria na validade moral, pois nela não deveria haver qualquer elemento volitivo a determinar o resultado, mas tão somente a força dos melhores argumentos. Por outro lado, há faticidades que geram uma tensão externa com a validade do Direito. De fato, a validade do Direito pode conflitar com o fato social do poder administrativo do Estado e com o fato social do poder do mercado. Em situações excepcionais conflita também com o poder comunicativo. Esse é propriamente o objeto de estudo do capítulo VII.

Segundo um tal viés, o predomínio da economia e do poder do Estado desmentiriam os modelos normativos de tratamento da política. Nesse sentido, Habermas retoma uma linha argumentativa deixada aberta no capítulo II para tornar plausível o seu modelo de política deliberativa ou discursiva diante do desencantamento das teorias realistas. A teoria discursiva do Direito tem de poder se comprovar também neste nível empírico, e não só conceitual ou filosoficamente. Isso também ocorreu no âmbito propriamente jurídico, por isso ele escreveu os capítulos V e VI que tratam mais da aplicação do Direito (Habermas, 1997a, p. 243). Ademais, a argumentação concentrou-se no tipo de razões que o Direito arregimenta para a sua justificação, razões estas que são destiladas nos corpos parlamentares e judiciais, bem como no âmbito do executivo. Não obstante, é preciso que a teoria discursiva se comprove como viável também no âmbito da política como arena de poder, interesse e influência, o que tem clara conexão com a política eleitoral. Isso é o que se encontra especialmente nos capítulos VII e VIII. Ou seja, a

CATOLICA-BIBLIOTECA

política legislativa do parlamento é um local que recebe representantes do povo e demandas de todo tipo. Como ocorre que as faticidades que são internas ao Direito concorrem com aquelas que lhe são externas?

Habermas toma o aparelho estatal, sob o ponto de vista sistêmico, como sendo uma potência neutra com relação aos fins que o determinarão. Nessa perspectiva, a esfera pública e o parlamento formam o lado que faz entrar conteúdos, a partir dos quais o *poder social* organizado flui para o processo de legislação. A administração pública, que tem de instituir esses conteúdos legislados, encontra resistência de um poder social que se põe entre a administração pública e o campo de sua atuação. Parte do poder social age fora do poder democrático e por interesses sistêmicos próprios (Habermas, 1997b, p. 57-58). Esse poder social, autônomo em relação à democracia, interfere tanto no lado de entrada de conteúdos quanto no lado de sua execução. O poder social, nesse sentido, age pela determinação do poder como capacidade de impor a própria vontade. A superação desse poder social, não democrático, que age cercando o poder [autarquias, fundações, empresas públicas e de economia mista, a administração direta e indireta, que são muito mais competentes para agirem e influenciarem a administração (Habermas, 1997b, p. 87)], tanto no lado de entrada quanto de saída, só pode acontecer pelos impulsos vitais de solidariedade dependentes da força da sociedade civil.

O Direito Econômico mostra a força do poder social não democrático (Habermas, 1997b, p. 63). Nesse sentido, poder social é a "possibilidade de um ator impor interesses próprios em relações sociais, mesmo contra as resistências de outros. O poder social tanto pode possibilitar como restringir a formação do poder comunicativo" (Habermas, 1997b, p. 219). O poder social é a instalação fática de interesses privilegiados, pela sua capacidade de determinar os conteúdos para os quais a administração pública se dirige, bem como os modos de sua realização.

Em oposição ao poder social do mercado e da burocracia estatal, Habermas trabalha com dois conceitos complementares, o de esfera pública e o de sociedade civil. A sociedade civil é a esfera pública institucionalizada. Assim, o elemento básico que as distingue é o aspecto institucional. Esses conceitos têm aspectos normativos e sociológicos (Habermas, 1997b, p. 106).

Da definição de esfera pública decorre a diferença do conceito de sociedade civil com relação a Hegel e a Marx. Dessa forma, pode-se compreender como acontece o que Habermas chama de função de cerco [*Belagerungsfunktion*] (Habermas, 1997b, p. 626, 630). De fato, pode-se considerar o poder administrativo do Estado como estando cercado pelo poder comunicativo, ou seja, pelo poder da *opinião pública* e da *sociedade civil*. A política, enquanto complexo parlamentar, continua sendo a destinatária de todos os problemas. A sociedade civil pode influenciar na programação do sistema estatal, protegida pelo Estado de Direito (Habermas, 1997b, p. 105), mas não abdicar dele enquanto um sistema eficiente no estabelecimento de fins.

A esfera pública não é uma instituição, não tem aspectos organizacionais, tampouco se constitui em um sistema delimitado, mas caracteriza-se por horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. Nela, "os fluxos comunicativos são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas*" (Habermas, 1997b, p. 92), as quais não são especializadas em nada. A força da opinião pública é indicar para um argumento legitimador e influenciar. Mesmo o poder social tem de angariar adesão, implicando que precisa usar uma linguagem convincente. Ou seja, dinheiro e poder têm de se ocultar enquanto tais para angariar tal convicção. Segundo Habermas, uma esfera pública pode ser manipulada, mas não criada a bel-prazer.

Sendo a sociedade civil a institucionalização da esfera pública, ela exclui a economia, a qual, por meio do trabalho, do Direito privado e do capital, foram os aspectos fundamentais à época de Marx e Hegel. O núcleo institucional da sociedade civil é formado por movimentos, associações e organizações sociais [fundações] não estatais e não econômicas. Essas instituições cristalizam os problemas e os transferem para a esfera política. Apesar da mídia, a sociedade civil continua sendo o espaço das pessoas privadas que podem se organizar para influenciar, cercar, o poder político, na busca de soluções para seus problemas. A sociedade civil alicerça-se nos direitos de expressão, reunião e associação.

O Estado conecta-se com a esfera pública e a sociedade civil por meio dos partidos políticos e das eleições. A proteção à privacidade preserva domínios vitais privados livres para o exercício de atos no espaço da autonomia. Trata-se dos direitos da personalidade, crença, consciência, sigilo de correspondência, inviolabilidade de residência. O Estado totalitário fere o nexo entre cidadania autônoma e esfera privada intacta. Nele "um Estado pan-óptico controla diretamente a base privada dessa esfera pública" (Habermas, 1997b, p. 101). Quando essa dimensão é ferida, a racionalidade comunicativa também o é, sufocando a liberdade comunicativa presente nos domínios da vida privada.

A tarefa política da sociedade civil é dramatizar problemas que deverão refletir sobre o complexo parlamentar (Habermas, 1997b, p. 91). Ora, a função desse espaço é exatamente gestar conteúdos legítimos. A partir dessa formulação, constrói-se uma estrutura de direitos para proteger esse espaço, exatamente porque ele é a condição da própria democracia. Esse conjunto de direitos, porém, não é suficiente, pois o poder social, baseado principalmente no dinheiro e no poder, interfere nesse espaço, muitas vezes sob a roupagem do código que é próprio da esfera pública, a saber, o da convicção e o da persuasão racional. Por isso, a sociedade civil deve se proteger, por meio de uma função crítica

aguçada que, muito embora protegida pelo Estado, por um conjunto de direitos fundamentais, não se deixa determinar pelos imperativos do poder e nem pelo dinheiro, sendo, exatamente por isso, constituída por agrupamentos não governamentais e não econômicos. Assim, ela consegue mobilizar bons argumentos e criticar argumentos ruins e exercer cerco sobre autoridades, tribunais e parlamentos, ou seja, sobre os poderes do Estado e seus agentes. "As discussões não 'governam'. Elas geram um poder comunicativo que não pode substituir, mas simplesmente influenciar o poder administrativo" (Habermas, 1999, p. 25).

Tem-se, assim, uma esfera pública organizada como sociedade civil. Essa é a base da soberania popular, diluída comunicativamente e protegida por um espaço a partir de direitos, a qual não pode mais ser identificada com o povo ou a nação, como se esses fatores tivessem alguma substancialidade que pudesse ser apreendida na perspectiva do observador, tão somente. Mesmo que protegida juridicamente nesses termos, ela tem de estar atenta aos estudos das Ciências Sociais, que podem levar a um ceticismo com relação a ela. A proteção contra esta perspectiva cética dá-se pela afirmativa da função crítica da própria sociedade civil. Assim, Habermas está entre os que se perfilam na defesa de uma perspectiva democratizante da sociedade civil. Logo, esse ceticismo não pode atingir o cerne da democracia e o coração da sociedade civil como fontes de razões. A tecnocracia é a alternativa contrária a esta, que resta (Habermas, 1997b, p. 106). Outra alternativa é o pós-civil. Exemplos de tipos de abordagem assim seriam aquelas de Foucault e Hardt.

Para Foucault, o poder está espalhado microfisicamente pela sociedade. Ele, portanto, não pode ser cercado pela sociedade civil, uma vez que está diluído nela. O poder provém de todos os lugares e invade, microfisicamente, todos eles, a partir, em última análise, da disciplina do próprio corpo. A sociedade civil que Hegel analisa como organização e

educação, Foucault critica como adestramento e disciplina. Hardt adere a esse caráter derrotista da análise da sociedade civil, acreditando que o Estado se fortaleceu e a sociedade civil enfraqueceu. Restaria como alternativa para esses pensadores uma personalidade absolutamente isolada e poliédrica em suas determinações.

Em razão dessas críticas ao conceito de sociedade civil subsumida pelas determinações estatais, ou ligada ao processo de trabalho e produção, é que Habermas desloca, tanto do Estado quanto da economia, ou do reino da necessidade, o seu conceito de sociedade civil. De fato, a sociedade civil não está mais ligada às determinações do poder, como em Foucault, nem às determinações da economia, como em Hegel, mas está ligada à esfera pública, não estatal e de caráter não econômico, embora protegida por um conjunto de direitos assegurados estatalmente. É necessário separar as forças democratizantes do Estado e da economia porque ambos têm determinações sistêmicas que não podem ser transformadas em determinações políticas, digamos, a partir de dentro. Quando o Estado e a economia são totalmente perpassados por determinações políticas, eles perdem a sua capacidade funcional. Exemplo disso pode ser constatado na falência do socialismo de Estado (Habermas, 1999, p. 20). Por isso, não se trata de abolir o mercado ou o poder burocrático do Estado, mas domesticá-los democraticamente, isso na medida em que conteúdos democráticos podem ser injetados no Estado, a partir da sociedade civil.

Pode-se dizer que, a partir da ideia de domesticação democrática do mercado e da burocracia, Habermas não mistura mais essas esferas, seja, como Hegel, para extrair do próprio mercado formulações éticas, seja, tal qual Marx, para suprimir o mercado por decisões políticas de controle e planejamento, supressão essa levada a cabo por determinações da própria sociedade civil que cria seus próprios coveiros. Com isso,

Habermas livra-se não só da dificuldade teórica de vislumbrar tais pontes de ligação e entrecruzamento, como também de pressupostos deterministas presentes nessas duas formulações. Por isso, ele separa a sociedade civil, tanto do Estado quanto da economia. Só assim ela pode ser o coração da democracia, como um espaço de liberdade privada, protegido por um conjunto de direitos, em que os atos de fala podem ser exercidos sem a coação do dinheiro e do poder. Essa proteção da sociedade civil por um conjunto de direitos, em Habermas, não é um sucedâneo dos determinismos de Marx e Hegel com relação a essa temática, pois não implica qualquer conteúdo preestabelecido, e muito menos na tese de uma aprendizagem moral necessária.

Certamente o tratamento do tema específico da sociedade civil defende que ela não pode mais ser definida ao modo de Hegel, como sendo propriamente colada ao mercado e, portanto, ao sistema das necessidades. É como se Habermas oferecesse um outro caminho de acesso aos indivíduos às determinações do Estado, o que já não ocorre mais de modo adaptativo a um conteúdo já dado pela eticidade, mas ao modo construtivo da democracia, cuja raiz vai residir, de maneira mais palpável, para além das profundezas do coração humano, na sociedade civil como arena ou fórum de debates, entendida a partir do conceito de racionalidade comunicativa.

A posição de Habermas é construtivista sob o ponto de vista do conteúdo, com o espaço público, portanto, sendo criativo, despido de conteúdo e remetido radicalmente a esse espaço de liberdade subjetiva indeterminada, base da legitimidade democrática e, portanto, criadora de conteúdos legítimos. A categoria da comunicação é competente para realizar a tarefa a que se propõe, a saber, gestar legitimidade.

A POLÍTICA SELVAGEM E O PODER CONSTITUINTE

Uma contenda de tradução torna oportuno discutir um problema teórico em relação ao poder constituinte em Habermas. Senão veja-se. O texto original alemão estatui: *Was in den seltenen Augenblicken einer revolunionären Verfassungsgründung offen zutage liegt, muss der Historiker aus der alltäglichen Arbeit von Gesetzgebung und Justiz mühsam entschlüsseln* (Habermas, 1994, p. 469). A tradução portuguesa do texto reza o seguinte: "Aquilo que se manifesta claramente, nos raros momentos em que uma revolução cria uma constituição, tem que ser decifrado penosamente pelo historiador no trabalho rotineiro da legislação e da justiça" (Habermas, 1997b, p. 124). Por seu turno, a tradução inglesa registra: *What is obvious in those rare moments of a revolutionary founding of a constitution remains implicit in the everyday work of the legislature and the judiciary and so must be laboriously deciphered by the historian* (Habermas, 1996, p. 389).

A expressão *remains implicit* parece não estar contida no sentido do texto original, contudo aprendemos duas coisas da introdução do tradutor da versão inglesa: 1) que Habermas fez sugestões de tradução *I want especially to thank[...] Jürgen Habermas for his extensive, and very helpful, suggestions on the penultimate draft* (Rehg, 1996, p. xxxvi-xxxvii); e, presume-se, estas teriam sido aceitas pelo tradutor; 2) que Habermas teve "*a considerable hand in the translation, in some cases adapting and rewriting the text for the Anglo-American audience. As a result, the English occasionally departs from the German original, for example by adding clarifying phrases, dropping cumbersome and unnecessary insertions, or simply by finding another way of wording things* (Rehg, 1996, p. xxxvi).

Essas são razões para se considerar que Habermas partilha a autoria da tradução, de tal forma que se pode atribuir à versão inglesa um estatuto privilegiado para equipará-la ao texto original, e, quiçá, até para privilegiá-la, uma vez que nela o autor da obra traduzida participou da tradução para torná-la mais clara.

Nesse sentido, veja-se que é mencionado *adding clarifying phrases*. Seria um desses casos nos quais Habermas teria adicionado uma expressão esclarecedora? Deveras, o prefácio à obra traz uma citação, cuja interpretação levanta problemas interessantes em uma obra dedicada ao Direito e à política:

> pretendo mostrar, por este caminho, que a teoria do agir comunicativo, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não é cega para a realidade das instituições – nem implica anarquia. Concordo, no entanto, que qualquer potencial de liberdades *comunicativas*, imprescindíveis em todo o Estado Democrático de Direito, disposto a garantir efetivamente liberdades *subjetivas* iguais, traz em seu bojo certos germes anárquicos (Habermas, 1997a, p. 11).

As perguntas que poderiam ser feitas seriam: O poder constituinte originário permanece operante mesmo depois que o Estado de Direito democrático foi constituído? Se o poder constituinte é o poder de desfazer uma ordem constitucional constituída e constituir uma outra ordem constitucional, seria esse um gérmen anárquico que permaneceria latente na ordem constituída?

A tradução inglesa indica que o poder revolucionário parece obrar no trabalho diário do Legislativo e do Judiciário. Se o poder constituinte puder ser equiparado ao poder revolucionário, então pode-se concluir que o poder constituinte não se desvanece pelo ato de seu exercício.

Nesse sentido, é de se observar que um teórico da Constituição do calibre de Schmitt sufraga uma tal interpretação. Deveras, eis o que ele sustenta a respeito da matéria: o *Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma da própria existência política* (Schmitt, 2003, p. 93-94). Ademais, "Não pode haver um procedimento regulado ao qual se encontre vinculada a atividade do poder constituinte" (Schmitt, 2003, p. 99). Disso, o autor conclui de forma contundente: "Não é [o poder constituinte] suscetível de transpasse, alienação, absorção ou consumação. Resta-lhe sempre a possibilidade de seguir existindo e se encontra ao mesmo tempo acima de toda Constituição, que é derivada dele, de toda determinação legal-constitucional, válida no marco dessa Constituição" (Schmitt, 2003, p. 108). Ele arremata:

> É especialmente inexato caracterizar como poder constituinte, ou *pouvoir constituant*, a faculdade, atribuída e regulada sobre a base de uma lei constitucional, de mudar, quer dizer, revisar determinações legais-constitucionais. Também a faculdade de reformar ou revisar leis constitucionais [...] é, como toda faculdade constitucional, uma competência legalmente regulada, quer dizer, limitada em princípio. Não pode ultrapassar o marco de regulação legal-constitucional em que descansa (Schmitt, 2003, p. 114).

Com isso, pretende-se sugerir uma concepção de política, em Habermas, bastante avessa a determinações jurídicas. Isso é coerente perfeitamente com o seu escrito *Techinik und Wissenschaft als "Ideologie"*, de 1968, sobre a relação entre política e economia.[6]

[6] "A longo prazo, pois, o protesto dos estudantes podia destruir duradouramente a ideologia do rendimento que começa a entrar em colapso e, assim, destruir o fundamento legitimador do capitalismo tardio, que já é frágil, mas está apenas protegido pela despolitização" (Habermas, 1987 [1968], p. 92).

REFERÊNCIAS

BEISER, Frederick C. (Ed.). *The Cambridge Companion to Hegel*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

BESSETTE, Joseph. Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government". In: GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, William A. (Eds.). *How Democratic is the Constitution?* Washington, D.C: AEI Press, 1980. p. 102-116.

DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLE, Denílson L.; MELO, Rúrion S. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007 [1986]. p. 223-252.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1997a. Vol. 1.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

HABERMAS, J. *Direito e democracia:* entre faticidade e validade. Tradução F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. 2 v.

_____. "O espaço público": 30 anos depois. Trad. V. L. C. Westin e L. Lamounier. *Caderno de Filosofia das Ciências Humanas*, Belo Horizonte, v. VII, n. 12, p. 7-28, abr. 1999.

_____. *Between Facts and Norms:* Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Tradução W. Rehg. Cambridge: Polity Press, 1996 [1992].

_____. *Faktizität und Geltung:* Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994 [1992].

CATOLICA-BIBLIOTECA

HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução F. R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Tradução A. Morão. Lisboa: Ed. 70, 1987 [1968].

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994 [1961].

HARDT, Michael. *Il deperimento della società civile*. Disponível em: <www.deriveapprodi.org/revista/I/hardt17.html>. Acesso em: out. 2001.

HEGEL, G. W. F. A sociedade civil. Tradução Marcos Lutz Müller. *Textos didáticos*, Campinas, n. 21, 2000a.

_____. O Estado. Tradução Marcos Lutz Müller. *Textos didáticos*, Campinas, n. 32, 1998.

_____. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In: WERLE, Denílson L.; MELO, Rúrion S. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007 [1987]. p. 15-80.

REHG, William. Translator's Introduction. In: HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms:* Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Tradução W. Rehg. Cambridge: Polity Press, 1996.

ROSENFIELD, Denis. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução F. Ayala. Madrid: Alianza, 2003 [1928].

O CONSTITUCIONALISMO DE RAWLS

Ricardo Bins di Napoli

SITUANDO A QUESTÃO

O Constitucionalismo é a crença político-jurídica que a Constituição (escrita ou não) é o fundamento básico da legitimação de um Estado entendido como a maior instituição política de um território delimitado. Canotilho (2003, p. 51) apresenta uma definição interessante e bastante completa. Ele afirma que o "*Constitucionalismo* é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade".

Neste sentido, o Constitucionalismo visa a limitar o poder e é uma teoria normativa da política. Desde o século 8º, essa força normativa do Constitucionalismo moderno questiona os esquemas desde então tradicionais de domínio político e sugere, "uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político" (Canotilho, 2003).

O Constitucionalismo precedente, denominado antigo (hebraico, grego e romano, inglês) (Bester, 2005), diferencia-se do moderno por consistir no "conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca

e simultaneamente limitadores do seu poder" (Canotilho, 2003, p. 52). Então, o que parece diferenciar os dois tipos, antigo e moderno, é o fato de que, no primeiro, trata-se de limitar o poder monárquico pelo poder dos estamentos sociais. Essa preocupação está especificamente ausente no segundo, porque no Constitucionalismo moderno trata-se de garantir os direitos dos súditos ante a autoridade política do soberano.

O Constitucionalismo moderno historicamente surge no século 18 em decorrência das revoluções burguesas ocorridas na Inglaterra (1688), na França (1789) e nos Estados Unidos da América (1776-1789). A elaboração da Constituição norte-americana acontece com a Independência dos Estados Unidos (1776). Evidentemente, bem alerta Canotilho (2003, p. 52) que estas características do Constitucionalismo não estão exatamente assim desta forma expressas nas tradições inglesa, norte-americana e francesa. Nem o *Englishmen*, nem o *Founding Father*, nem o *citoyen* revolucionário se sentir-se-iam à vontade com o entendimento que se dá à noção de Constituição moderna entendida como "ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político" (Canotilho, 2003, p. 52).

Por isso, o Constitucionalismo moderno foi liberal e tinha como seu principal propósito limitar o poder do Estado e estabelecer a segurança individual beneficiando as classes emergentes (comerciantes e proprietários), embora ampliasse as garantias de modo formal a todos os cidadãos. O Constitucionalismo liberal estabeleceu a separação dos poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Visto por outro ângulo, Matteucci (2007, p. 248) afirma que o Constitucionalismo seria a "técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo,

coloca o Estado em condições de não os poder violar". As técnicas podem variar de acordo com a época e com as tradições de cada país, mas o ideal das liberdades organiza as técnicas a serem escolhidas.

O Constitucionalismo não só limita o poder do soberano, mas também visa a impedir o poder de arbítrio. Por isso precisa, por um lado, inserir uma divisão do poder horizontal que separa o Executivo do Legislativo e do Judiciário. Por outro, estabelece a separação vertical materializada no federalismo de seus Estados-membros e do governo das leis. É o valor da "limitação do poder".

Embora assim juridicamente fixado, o Constitucionalismo não foi, na época moderna, capaz de garantir a segurança do cidadão (Matteucci, 2007, p. 248), porque ele, por um lado, sofreu devido a diversidade de maneiras que as Constituições o fixaram. Por outro, porque, nos diferentes sistemas democrático-parlamentares ocidentais estabeleceram-se diferentes dinâmicas de poder que por vez ou outra impediram a imediata realização dos ideais constitucionais.

Segundo Matteucci, para os sistemas parlamentares contemporâneos também a divisão de poder entre Executivo e Legislativo não se assenta tanto nas pessoas, mas na sua natureza jurídica: em forma de decreto ou forma de lei. Mesmo assim, muitas leis, que seriam objeto do parlamento, teriam sua origem no Executivo (Matteucci, 2007, p. 250). Tais diferenças conferiram feições diferentes aos sistemas políticos modernos.

A limitação do poder do Constitucionalismo complementa-se por meio do estabelecimento das garantias das liberdades individuais. O principal defensor da teoria das garantias foi Benjamin Constant (1767-1830) em polêmica com J.-J. Rousseau (1717-1778) por causa da interpretação jacobina da teoria da vontade geral de Rousseau (Matteucci, 2007, p. 250).

Segundo Constant, dever-se-ia no plano constitucional garantir a todos os indivíduos a liberdade (a liberdade pessoal, a de imprensa, a religiosa e a inviolabilidade da propriedade privada), de modo a permitir uma via legal do exercício do poder sem que o Estado possa cancelar.

Além disso, o Constitucionalismo relaciona-se com a democracia política. Se a democracia é o governo da maioria por definição, o Constitucionalismo torna efetivo o governo da minoria (Matteucci 2007, p. 51). Garantir os direitos da minoria só é possível porque há as normas que sancionam os direitos do homem e do cidadão, de tal que modo que nenhuma maioria possa abrogar.

Assim, estabelece-se um limite da liberdade de legislar e de atuar dos grupos políticos governantes que são escolhidos pela maioria dos eleitores. Parece por vezes que se estaria contrariando a democracia, mas esse não é o caso. O que se precisa é impedir a maioria de exercer uma tirania sobre a minoria.

Outro tema envolvido nesta elucidação é o das diferenças do conteúdo da palavra liberdade. Esta é entendida de diversas formas, tanto por democratas como por constitucionalistas. Os constitucionalistas tendem com mais ênfase a defini-la no sentido jurídico, enquanto os democratas definem a liberdade no sentido ético (Matteucci, 2007, p. 257).

Os primeiros são defensores de uma maior liceidade, impondo ao Estado o dever de não interferir na vida individual. Já os democratas defendem a participação de todos de modo que a vontade dos indivíduos se identifique com a vontade geral. Não por acaso Rousseau enfatiza que a liberdade é a autonomia do grupo de modo tal que cada um exercendo sua participação e obedecendo ao soberano acabe por "obedecer somente a si mesmo" (Rousseau, 1981) .

No século 20, o Constitucionalismo passa aos poucos a incorporar a luta pelos direitos sociais. Dois exemplos a serem citados são as Constituições do México (1917) e da Alemanha da República de Weimar (1919). Além delas as duas grandes guerras do século 20 vão acelerar o processo, passando os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a exercer novas tarefas: o Executivo, por exemplo, a exercer um poder legislador e direcionador da economia; o Legislativo a realizar o papel de fiscalizar o Estado, e o Judiciário a promover uma densificação do Direito (Magalhães, 2010, p. 136).

Do ponto de vista mais político, o Constitucionalismo pode ser compreendido em um contraponto do republicanismo por duas razões. Em primeiro lugar, porque ele se transformou em um fato histórico, semelhante às questões sobre a confiança nas crenças morais e políticas. Em segundo lugar, porque a vida política foi alterada por meio da Constituição e porque a ação de seus proponentes fez dela algo partilhado entre os membros da comunidade política.

Consequentemente, a Constituição conteria um conjunto de valores e regras a serem partilhados por diferentes partidos (Waluchow, 2014, p. 13). Por isso, pode-se defender que em uma democracia moderna constitucional, por exemplo, a liberdade de expressão não poderia comportar a liberdade de se publicar na Internet imagens pornográficas, porque elas contrariam os direitos de outros, no caso, as crianças.

O pensamento de Rawls pode ser situado agora neste contexto anteriormente descrito. Para ele os valores políticos são extremamente importantes, porque eles governam a estrutura básica da sociedade[1]

[1] Rawls afirma em uma das suas definições de "estrutura básica" que ela forma o "conjunto das principais instituições políticas e sociais e a maneira como elas interagem formando um sistema de cooperação que respeita os princípios de justiça"– aqueles estabelecidos em sua teoria (Rawls, 2003, p. 9). As instituições da sociedade (sistema de cooperação) incluem: família; associações civis; igrejas; universidades; vida profissional

(Rawls, 2000, p. 184). Os valores da igual liberdade política e civil, igualdade equitativa de oportunidades, da reciprocidade econômica e do respeito mútuo dos cidadãos, incluindo os valores da razão pública que estão entre eles. A razão pública segue normas de julgamento, inferência e evidência, e as virtudes intelectuais da razoabilidade e da imparcialidade.

A questão que desejo examinar sintetiza-se em uma pergunta: Seria Rawls um constitucionalista ou um republicanista? Defenderei que Rawls é um constitucionalista.

Indico a seguir somente alguns pontos para ilustrar sucintamente minha tese, que mostrarei com mais detalhes na parte três deste texto. No parágrafo 43.3 do livro *Justice as Fairness* (2003b), Rawls afirma que a "Justiça como Equidade" seria consistente com o republicanismo clássico (p. 142), mas não com o republicanismo cívico, derivado de Aristóteles.

Segundo Aristóteles, os indivíduos seriam seres sociais ou políticos e sua natureza só poderia ser realizada se eles participassem politicamente da democracia.[2] Para Rawls, contudo a *Justiça como Eqidade*[3] é incompatível com esta forma de republicanismo, porque o *republicanismo cívico* enfatiza propriamente que o único bem humano é nosso engaja-

e associações científicas; empresas; sindicatos (Rawls, 2003, § 50). Ela também define o pano de fundo social e inclui as "operações que ajustam e compensam constantemente as tendências inevitáveis de distanciamento em relação à justiça básica, por exemplo, as operações de tributação da renda e da herança, destinadas a equilibrar a posse de propriedades" (Rawls, 1993, VII, § 4). Ela inclui ainda as normas para governar transações e acordos entre os indivíduos e associações (normas contratuais) e as normas para evitar fraudes, coação e congêneres.

[2] No contexto do livro Rawls defende ainda o regime denominado "democracia de cidadãos-proprietários" e discute as ideias do bem.

[3] A edição inglesa de 2001 tem a mesma paginação da edição de 2003. Neste texto usarei a de 2003.

mento na vida política. Não por acaso as Cidades-Estados, em particular a cidade de Atenas no século 5° a.C. e a cidade de Florença, na Itália, do século 16, são assumidas como modelos para os republicanos.

Rawls afirma também que rejeitar o republicanismo cívico definido deste modo não significa negar que um dos maiores bens humanos possa ser atingido pelo engajamento dos cidadãos na vida política. Ele acredita, entretanto, que é somente a forma do *republicanismo clássico* que seria possível para cada um poder escolher para si a realização de seu bem maior (Rawls, 2003, p. 143-144).

O último regime político caracterizar-se-ia por requerer a participação ativa dos cidadãos, os quais deveriam garantir uma constituição política para o Estado em que vivessem. Para isso, seria necessário a eles possuírem virtudes políticas. No mundo moderno, entretanto, a atividade dos cidadãos serviria para assegurar as liberdades políticas e não políticas (liberdade dos modernos: direitos básicos e liberdades).

Além disso, Rawls ainda salienta que não há, por um lado, "nenhuma oposição fundamental" entre aquilo que ele entende por republicanismo clássico e o liberalismo pensado por Benjamin Constant e Isaiah Berlin – em particular no que se refere ao modo pelo qual se alcançariam as liberdades básicas por meio da participação (Rawls, 2003, p. 144). Rawls admite, por outro lado, que pode haver diferenças entre o tipo de republicanismo clássico e o liberalismo de Constant e Berlin, mas somente com relação ao peso atribuído aos valores políticos em disputa pelas partes. Logo, não seria errado afirmar que Rawls estaria mais empenhado em estruturar uma sociedade por meio de um Constitucionalismo tal como eu o detalharei posteriormente.

Se a *Teoria da Justiça Como Equidade* de Rawls é uma forma de liberalismo político que "tenta articular uma família de valores (morais) extremamente significativos, que se aplicam (...) às *instituções políticas e sociais da estrutura básica*" (Rawls, 2003, p. 40-41; o grifo é meu), então esses valores devem estar expressos em uma Constituição.

Ora, se Rawls também concorda que a legitimidade do poder no sentido liberal derivaria de uma Constituição (escrita ou não), por que não se poderia entender que a sua ideia de republicanismo (clássico ou próprio) pode ser uma forma de Constitucionalismo? Penso que é certamente possível, porque se Rawls afirma também que as liberdades de expressão e pensamento tornam possível um regime constitucional livre e que ele confere legitimidade à Constituição (Rawls, 2003, p. 41), então o Constitucionalismo é uma forma mais adequada para pensar seu modelo teórico.

Além disso, Rawls assevera que nós "temos que formular um Estado (*government*) constitucional para se ter força e para ele poder ser posto em prática com sucesso na história da sociedade" (2003, p. 87). Esta afirmação revela o anseio do autor, por isso também se poderia afirmar que Rawls não teria por modelo um Estado Republicano, mas Constitucional, segundo as definições que foram apresentadas.

Para que não fique dúvidas sobre a intenção de Rawls transcrevo ainda uma passagem do Prefácio da segunda edição de *A Teory of Justice* (1999, p. xi), na qual ele reafirma seu objetivo e ideia central da obra. Ele escreveu:

> Eu vejo a idéia central e os fins desta concepção tal como os de uma concepção filosófica ou os de uma *democracia constitucional*. Minha esperança é que a justiça como eqüidade parecerá razoável e útil, mesmo que não totalmente convincente para uma grande gama de opiniões políticas sérias e deste modo expressar uma parte essencial de um núcleo comum da tradição democrática.

Como destaquei pretendo detalhar mais a defesa de Rawls do Constitucionalismo, mas antes desejo dar mais um passo no esclarecimento de outras características do Constitucionalismo em relação ao Republicanismo.

CONSTITUCIONALISMO E REPUBLICANISMO

Já caracterizei o Constitucionalismo, entretanto pretendo agora precisá-lo um pouco mais contrastando-o, depois, com o Republicanismo. Waluchow (2014, p. 13) apresenta importantes aspectos do Constitucionalismo, os quais podem ser acrescentados aqui.

Em primeiro lugar, ele afirma que a Constituição é a mais elevada obra do regramento de um nação. Ela, por esse fato, tem seu histórico e traz as questões sobre a confiança de um povo nas crenças morais e políticas expressas na Constituição.

Em segundo lugar, para os "constitucionalistas originais", a Constituição deve não só se transformar em algo partilhado entre os membros da comunidade política, mas seu conjunto de normas e princípios deve ser partilhado entre os diferentes partidos políticos. Só deste modo é possível defender que, por exemplo, em uma democracia moderna e constitucional, a liberdade de expressão não poderia comportar a liberdade de se publicar imagens pornográficas na Internet, pois elas podem ofender pessoas e causar problemas para crianças que acessam a rede.

Deste viés, esse grupo de constitucionalistas entende que a Constituição deve ser interpretada sob a ótica dos seus autores originais. Por isso, são "originalistas" aqueles que defendem a interpretação da Constituição deste modo. Randy E. Barnett, Robert Bork, Keith Whittington, entre outros, estariam entre os que defendem esta posição nos EUA. Isto

CATOLICA-BIBLIOTECA

não significa, para Waluchow, que o sentido original de uma Constituição pode sempre ser claramente determinado. Há situações difíceis, sobre as quais não vou comentar nada aqui (Waluchow, 2014, p. 45).

O outro grupo é chamado de "*living constitutionalists*"[4] (Waluchov, 2014, p. 16). Estes acreditam que a lei existe para estabelecer restrições, contudo ela pode ser reinterpretada ou alterada (por emenda para propósitos mais atuais), a fim de que as normas antigas que não fazem mais sentido sejam atualizadas. Por isso, esse grupo de constitucionalistas acha relevante rever a Constituição, quando for necessário. A realidade muda e há necessidade de se revisar a interpretação da Constituição para, inclusive, se adequar as suas inclinações morais e políticas atuais.

O republicanismo é conhecido por ser uma corrente política derivada do pensamento romano, em particular considerando a versão maquiaveliana deste. O republicanismo contemporâneo, chamado também de republicanismo cívico contemporâneo, pode ser entendido como sendo uma construção social que rejeita o poder arbitrário e defende uma concepção de liberdade positiva.

Dito de outro modo, a teoria do republicanismo, contrastado com a do Constitucionalismo, rejeita a concepção de liberdade como a não interferência na vida pessoal, conhecida por liberdade negativa. Para os republicanos liberdade negativa não seria suficiente para viabilizar, por exemplo, o fim de uma sociedade escravocrata.

A razão estaria no fato de que a noção de liberdade negativa poderia, por um lado, permitir que os senhores deixassem os escravos ter uma certa independência, contudo eles continuariam a ser escravos, ainda que fossem relativamente bem tratados (Lovet, 2014, p. 5-9). Assim sendo, os senhores teriam ainda um poder arbitrário sobre seus escravos e a sociedade escravocrata permaneceria até que a instituição da escravidão fosse completamente abolida (Lovet, 2014, p. 8).

[4] Seria difícil cunhar uma expressão portuguesa para traduzir a ideia da expressão inglesa. O sentido vai ficar claro pela explicação que segue sobre o grupo de constitucionalistas. Mesmo consultando pessoas da área do Direito, não foi possível definir grupo semelhante no Brasil.

A questão, contudo, não me parece simples assim. Se somente a rejeição do poder arbitrário importasse, então poderíamos suportar um Estado que regula nossas vidas até os mínimos detalhes, mesmo que as leis e procedimentos não fossem arbitrários. A razão disto baseia-se no argumento de que a não interferência é também importante, porque a vida torna-se insuportável sem a liberdade. O mesmo pode acontecer no casamento. Mesmo que os cônjuges aceitem viver juntos, pode acontecer que um deles ou os dois tendam de certa forma a interferir na vida do outro de tal modo que a vida deste tornar-se-ia, de alguma forma, insuportável. Logo, somente com a liberdade positiva também não se pode resolver todos os problemas da convivência social.

Do ponto de vista institucional, os republicanos reconhecem e se comprometem a seguir os instrumentos tradicionais da democracia, tal como a de atingir as metas para conter o poder arbitrário – leis, separação de poderes, federalismo, direitos básicos enraizados na constituição, entre outros.

Eles percebem, todavia, que esses instrumentos não têm o alcance para atingir o que eles gostariam (Lovet, 2014, p. 21). Por um lado, tal como afirma Lovet (2014), nenhum sistema de regras e regulações pode dar conta de todas as contingências e circunstâncias. Por isso o poder discricionário deve ficar em mãos de cortes, de agências públicas e da burocracia administrativa. Por outro lado, existe um poder extensivo nas mãos do poder Legislativo para definir leis e políticas.

Por essas limitações e por algumas outras razões os republicanos defendem que a democracia deve ser melhorada por meio de novos mecanismos. Eles não defendem medidas populistas do tipo: leis são legítimas se expressarem a vontade popular. Eles endossam um "populismo qualificado" (Lovett, 2014, p. 24) ou uma "democracia contestatória", de modo que instituições, quando bem desenhadas, possam dar aos cidadãos o poder de contestar as decisões de seus representantes.

De que modo eles podem fazer isso? Recorrendo à "norma do raciocínio deliberativo público". Isso significa três coisas: a primeira, que todas as decisões tomadas pelos poderes devem ser objeto de um debate público livre (Lovett, 2014, p. 24). Em outras palavras, as decisões devem ser abertamente discutidas e não podem ocorrer em foro privado. A segunda afirma que deve haver igualdade de oportunidades de contestação para todos. A terceira defende a necessidade de "cortes de apelação"[5] a fim de permitir que as objeções às leis e às políticas possam ser feitas (Lovett, 2014, p. 25).

Evidentemente, para Rawls (2003, p. 148) não é preciso ser tão geral como a concepção de utilidade de J. S. Mill. Basta que uma tal forma de contestação contemple as concepções fundamentais da pessoa e da sociedade, e da maneira como elas são desenvolvidas para produzir certos princípios de justiça. Rawls imagina que tal concepção pode ter um papel educativo.

Em síntese, a oposição fundamental entre o Constitucionalismo e o Republicanismo gira em torno de que ideia de liberdade deve-se privilegiar para dar fundamento à ordem social e política. Além disso

[5] No Brasil não sei se se poderia indicar que instituições desempenham o papel que as "cortes de apelação" têm nos EUA. Um exemplo para o Brasil seria talvez questionar decisões do Legislativo. Assim, poder-se-ia promover ações públicas para contestar decisões já tomadas pelo Legislativo.

e por consequência, os partidários de ambas as correntes divergem a respeito dos instrumentos institucionais que serviriam para dar corpo à concepção de liberdade privilegiada por cada um dos sistemas políticos.

Para que se entenda melhor a posição de Rawls nesta polêmica, centro-me exclusivamente na sua teoria, na próxima parte.

A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE E O CONSTITUCIONALISMO

Rawls defende, tal como afirmei, um regime constitucional. Para ele este difere de uma democracia procedimental. O regime constitucional "é aquele em que leis e estatutos têm de ser coerentes com certos direitos e liberdades fundamentais, por exemplo, aqueles abarcados pelo primeiro princípio de justiça (Rawls, 2003, § 44.1).[6]. Tal princípio reza que: "cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades de todos (Rawls, 2003, p. 42, § 13.1).

Rawls aborda a relação da Constituição de um Estado com as suas instituições sociais e políticas. Ele supõe que os cidadãos nascem, vivem e passarão toda sua vida até a morte nas instituições básicas. Por isso os princípios de justiça[7] devem ter a chamada estrutura básica da sociedade

[6] Usarei diferentes maneiras para me referir as obras de Rawls em suas versões. Algumas vezes por conveniência, usarei os parágrafos; outras vezes, as páginas de uma determinada edição, seja da obra *Uma Teoria da Justiça*, seja da obra *Liberalismo Político*. Com relação à *Teoria*, farei referência às edições norteamericanas: ou à primeira edição de 1971 ou à segunda de 1999. Com relação ao *Liberalismo* poderei estar usando a edição norte-americana de 1993 ou a brasileira de 2000. Quanto à obra *Justiça como equidade: uma reformulação* (*Justice as Fairness: A restatement*, no original), também usarei a tradução brasileira e o original conforme conveniência, mas sempre terei como parâmetro o texto original. Quanto às abreviações serão usadas as iniciais do título.

[7] Rawls aponta dois princípios de justiça que norteiam a estruturação de uma sociedade justa, que devem ser aplicados à "estrutura básica da sociedade". O primeiro refere-se à liberdade e direitos individuais e o segundo à igualdade de oportunidades e o benefício dos menos favorecidos (cf. Rawls, 2003, § 13).

por objeto primordial (Rawls, 2003, § 16) no sentido de mitigar também as contingências da vida social dos cidadãos que são de três naturezas: da classe social de origem; dos talentos naturais herdados por cada indivíduo e daquelas relacionadas à boa ou má sorte ao longo da vida (Rawls, 2003, p. 40-41).

A estrutura básica não só determina inicialmente a situação social, mas também as perspectivas que poderão aspirar para o futuro dos indivíduos que têm também uma identidade definida por suas aptidões e talentos realizados que refletem nossa história pessoal (Rawls, 2003, p. 57). Bons exemplos são as possibilidades oferecidas pelo meio social e cultural onde vivem para desenvolvimento das aptidões e talentos; tais como escolas, institutos de formação musical e outros tipos de instituições voltadas para o desenvolvimento de atividades culturais tais como dança, pintura, teatro, literatura e atividades esportivas. Por isso, a estrutura básica tem uma função de treinar e educar os indivíduos para se desenvolverem e participarem cooperativamente na sociedade.

O processo de descoberta e justificação razoável dos princípios de justiça decorre de um experimento mental proposto pela teoria de Rawls. Nesse experimento ele apresenta a chamada "Posição Original" (ou inicial, PO), que simula o procedimento contratual, o qual objetiva justificar as diferentes formas possíveis de definição dos princípios que serão usados para embasar a aceitação de uma (entre outras razoáveis) forma de distribuição justa dos bens básicos.

Considerando-se as ideias expressas em *Uma Teoria da Justiça*, publicada pela primeira vez em 1971, seria suficiente para apresentar a tese de que a concepção de Rawls aproxima-se mais de um Constitucionalismo. Tendo em vista, porém, algumas mudanças que o pensamento de Rawls sofreu, deve-se tomar também sua obra posterior, especialmente o *Liberalismo Político*.

No livro *Political Liberalism*, Rawls (1993, p. 217) se pergunta: "Quando os cidadãos podem por meio de seu voto exercitar uns sobre os outros propriamente seu poder político coercitivo quando questões fundamentais estão em jogo?" A resposta a essa pergunta deve enfrentar o pluralismo político e o desacordo em decorrência das diferentes doutrinas abrangentes partilhadas respectivamente por diferentes cidadãos. Construir uma sociedade estável é um desafio para qualquer político e pensar as bases dessa estabilidade também é um desafio para os filósofos da política.

Para Rawls a estabilidade social dependeria, em primeiro lugar, do fato de as pessoas crescerem em instituições justas e "adquirirem um senso de justiça suficiente" (Rawls, 2000, p. 187). Em segundo, ela dependeria de que o pluralismo dos diferentes grupos sociais seja razoável, pois só deste modo seria possível a produção do consenso político para a vida social com base na justiça como equidade.

Os cidadãos, entretanto, só podem adquirir um senso de justiça se sua Psicologia moral o comportar. A Psicologia de que fala Rawls, pelo que se pode entender no texto, depende do indivíduo e sua vida social. Já a estabilidade (social e política) mencionada dependeria para Rawls de um consenso político amplo entre os cidadãos, que ele chama de "consenso sobreposto" (*overlapping consensus*), que não é uma aceitação tácita de um modo de vida (*modus vivendi*).

O consenso sobreposto, por sua vez, só pode ser obtido por meio de um consenso constitucional. Este, por sua vez, que é o primeiro estágio daquele mais global, satisfaria certos princípios liberais de justiça política do tipo princípios para o direito de voto, a liberdade de expressão e de associação políticas, os procedimentos eleitorais e legislativos democráticos a fim de moderar a rivalidade política na sociedade (Rawls, 1993, p. 158).

As discordâncias de interesses e classes que podem existir, na perspectiva de Rawls, vão certamente se referir ao limite dos direitos e liberdades. De todo modo, seria preciso um apoio legal e constitucional para a garantia deles. O consenso parece então certamente bem compreensível ao instituir um certo conjunto de regras a fim de garantir a neutralidade para a resolução dos conflitos. Rawls confirmaria essa razão ao afirmar que tal consenso tem um sentido denominado de um "consenso superficial" e não "profundo".

Imaginativamente, como havia feito na posição original (PO) em A *Teory of Justice* (1971), Rawls se pergunta sobre o modo que se poderia criar um consenso constitucional, não inclui uma discussão sobre os princípios para organizar a estrutura básica da sociedade, mas apenas os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político (Rawls, 2000, p. 278).

Rawls mantém na obra *Political Liberalism* a ideia de que a PO é um "artifício para representar tanto a liberdade quanto a igualdade quanto às restrições às razões apresentadas" (Rawls, 1993, I, § 4). Agora, entretanto, ele deixa mais claro que a PO "serve como um meio de reflexão e auto-esclarecimento públicos"; que ela é "uma idéia mediadora graças à qual todas nossas convicções refletidas podem vir a se relacionar umas com as outras, seja qual for seu grau de generalidade" e que permite às partes estabelecer "uma coerência maior, uma autocompreensão mais profunda, e um acordo mais amplo uns com os outros" (Rawls, 1993, I, § 4).

Rawls está convicto de que o procedimento da posição original é a melhor forma "de elaborar uma concepção política de justiça para a estrutura básica". Por essa razão não se poderia confundir os três pontos de vista a respeito da ideia da PO.

O primeiro refere-se ao que as partes (criaturas racionais artificiais que povoam o experimento ou dispositivo criado) pensariam, decidiriam e ao modo como agiriam no experimento fictício de pensamento. No segundo Rawls refere-se à posição de cidadãos em uma sociedade política bem ordenada e, no terceiro e último reporta-se ao ponto de vista de Rawls enquanto autor e ao nosso enquanto seus leitores examinando uma noção de equidade. Esse terceiro ponto de vista funcionaria por meio do "teste do equilíbrio reflexivo"[8] (Rawls, 1993, I, § 4) e permitiria a determinação da concepção de justiça mais razoável para nós.

No livro *Liberalismo Político* não há muita ênfase ao procedimento do contrato social, entretanto, anteriormente, a exemplo da segunda parte do livro *A Teory of Justice*, Rawls afirma que quer tratar do "conteúdo dos princípios da justiça" (Rawls, 1971, p. 195; 1999, p. 171). Isto significava para ele tratar dos deveres e das obrigações que decorrem dos princípios, não apenas mostrar como estabelecê-los. Logo, isto implicaria também abordar que o resultado compreendido pelas instituições da estrutura da "democracia constitucional" precisaria de mais uma ou mais etapas.

Essas etapas foram mencionadas já em *A Teory of Justice* (1971). Os princípios, na versão da *Teoria*, deveriam ser aplicados em uma sequência lógica de quatro estágios (Rawls, 1971, p. 195; 1999, p. 171). Em *TJ* Rawls inicialmente indicou as seguintes etapas: 1) na escolha dos princípios de Justiça que guiarão o estágio constitucional; 2) O estágio constituinte ou do conselho constitucional; 3) posteriormente, o estágio da

[8] O teste tem como procedimento o confronto dos argumentos para a defesa de um ponto de vista sobre a distribuição mais justa dos bens da estrutura básica, que envolve, como já afirmado, várias instituições, mas considerando a possibilidade de que todos sejam beneficiados o melhor possível no sistema de cooperação social.

criação de leis ordinárias e dos diferentes códigos. Nesse estágio trata-se do julgamento da legislação e das políticas sociais;[9] 4) por fim acontece o estágio da aplicação de regras por juízes, que seria o estágio judicial.[10]

A sequência dos quatro estágios é um instrumento para aplicação dos princípios de justiça e é parte do princípio da teoria e não um procedimento que indica como as assembleias constituintes e seus membros procedem na realidade. Eles indicam apenas que restrições cada estágio estabelece para o estágio seguinte. Assim, a Constituição justa estabelece restrições normativas para sua adoção pela sociedade, ou seja, as leis justas e as políticas públicas são decorrentes do estágio constituinte.[11]

É importante mencionar que nos estágios os indivíduos representativos ou partes estão sob as condições impostas pelo véu da ignorância (redução do conhecimento que as partes têm sobre suas condições sociais dos indivíduos ficticiamente concebidos pelo experimento), incluindo uma suposição definida pelo autor da teoria de que a sociedade fictícia imaginada no experimento encontra-se em uma situação de média escassez de recursos naturais e de ausência de egoísmo entre as partes envolvidas.[12]

[9] "Ideally a just constitution would be a just procedure arranged to insure a just outcome. The procedure would be the political process governed by the constitution, the outcome the body of enacted legislation, while the principles of justice would define an independent criterion for both procedure and outcome" (Rawls, 1999, p. 173)

[10] "The last stage is that of the application of rules to particular cases by judges and administrators, and the following of rules by citizens generally. At this stage everyone has complete access to all the facts. No limits on knowledge remain since the full system of rules has now been adopted and applies to persons in virtue of their characteristics and circumstances. However, it is not from this standpoint that we are to decide the grounds and limits of political duty and obligation" (Rawls, 1999, p. 173).

[11] Com relação ao trecho citado, ele não consta do livro publicado em português. Trata-se da resposta de Rawls às críticas de Habermas. "It is essential to keep in mind that the four-stage sequence is a device for applying the principles of justice. This scheme is part of the theory of justice as fairness and not an account of how constitutional conventions and legislatures actually proceed. It sets out a series of points of view from which the different problems of justice are to be settled, each point ofview inheriting the constraints adopted at the preceding stages. Thus a just constitution is one that rational delegates subject to the restrictions of the second stage would adopt for their society. And similarly just laws and policies are those that would be enacted at the legislative stage" (Rawls, 1999, p. 176).

Após o primeiro, nos três estágios posteriores aconteceria um progressivo aumento do conhecimento dos indivíduos de suas reais condições sociais. O segundo estágio é o momento da convenção constituinte. Neste ponto a preocupação mais relevante seria garantir a aplicação do Primeiro Princípio da Justiça. Esse princípio enfatiza a liberdade e é definido da seguinte forma: "Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas igual que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos" (Rawls, 2003, p. 42).

Os estágios não aparecem em sua proposta posterior da teoria expressa no *Liberalismo Político*. Nesta última versão da teoria da justiça como equidade, Rawls dá ênfase a outros dois passos importantes para a teoria, ou seja, os consensos constitucional e sobreposto (2000, p. 205). É central o entendimento deste consenso constitucional, porque é ele que define a ideia que defendo de que há uma democracia constitucional na teoria de Rawls, por conseguinte seu Constitucionalismo.

O consenso constitucional tem três requisitos em virtude do chamado "fato do pluralismo" político. E é em função do pluralismo que Rawls o defende. O primeiro requisito indica que ele deve fixar o

[12] O objetivo do véu da ignorância é produzir as condições para uma escolha imparcial e razoável dos princípios de justiça, de modo a remover condições iniciais de uma barganha que fossem mais favoráveis somente a alguns indivíduos (Rawls, 2003, p. 87). Na "Posição Inicial", os indivíduos ficticiamente concebidos só têm noção das condições gerais da sociedade, assim imaginada por Rawls. Não sabem assim se foram bem ou mal aquinhoados na "loteria social", ou seja, se nasceram ricos, remediados ou pobres; tampouco conhecem condições de seu *status* social mais específico incluindo elementos de poder. Por essa razão a condição das partes pode ser chamada de "*fair*" (justa) para todos.

CATOLICA-BIBLIOTECA

conteúdo de certas liberdades e direitos fundamentais sob pena de comprometer a própria existência do processo político e permitir insegurança política. Isso parece-me relativamente óbvio, pois sem as liberdades de expressão e de organização e sem os direitos iguais não se poderia desenvolver um processo político em condições mínimas para todos os grupos e indivíduos participantes.

O segundo requisito é o da necessidade da existência de princípios liberais de discussão pública, de modo que todos os cidadãos tenham clareza do funcionamento. Eles não podem ser complexos demais, a fim de que qualquer um possa entendê-los.

Por fim, é o sucesso dos dois primeiros requisitos que permitirá então que sejam encorajadas entre os cidadãos as virtudes (valores) cooperativas da vida política: razoabilidade e senso de justiça; espírito de conciliação e disposição para fazer concessões mútuas.

O objetivo é a cooperação com os outros, de modo a permitir a aceitação pública neste processo. Nesse sentido, os requisitos visam a tornar possível a moderação da rivalidade política, a fim de serem resolvidas as questões de natureza social.

O consenso constitucional, base do Constitucionalismo rawlsiano, reforça então a visão de que sem ele não seria possível uma democracia numa sociedade pluralista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomo, agora, meus argumentos apresentados ao longo deste texto. Primeiramente, Rawls observa que sua teoria não seria compatível com o republicanismo cívico de Atenas e de Florença à época de Maquiavel, mas apenas com o republicanismo antigo. Para ele tal forma antiga seria inclusive compatível com a noção de liberdade defendida

por Benjamim Constant e Isaiah Berlin, o que indica fortemente sua opção política com relação ao privilégio a ser dado à concepção da liberdade negativa.

Segundo, para Rawls a liberdade no sentido negativo é o conteúdo fundamental do quadro do consenso constitucional defendido para dar coesão social e estabilidade a uma sociedade altamente pluralista do mundo ocidental contemporâneo. Sem essa noção não seria possível fazer convergir e conciliar doutrinas razoáveis acerca do que significaria a boa sociedade, entendida por justa. Por isso a ordem léxica dos princípios da justiça estabelece que o primeiro – o da liberdade – tem prioridade sobre o segundo – o da igualdade, que envolve a igualdade de oportunidades e o princípio da diferença.

Considerando, então, o que foi exposto aqui, parece-me razoável concluir que Rawls pode ser entendido na tradição do Constitucionalismo. Aliás, uma perspectiva que teve também forte influência entre os pensadores políticos que contribuíram para a elaboração da Constituição norte-americana.

REFERÊNCIAS

ALVES, M. V. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012.

BESTER, G. M. *Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2005. V. 1.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

LOVET, F. Republicanism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/republicanism>. Acesso em: 27 jan. 2014.

MAGALHÃES, J. L. Q. de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino--americano. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 83-98, jul./dez. 2010.

MATTEUCI, N. Constitucionalismo. In: BOBBIO, N. *Dicionário de política*. Brasília: Edunb, 2007.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia U. P, 1993.

_____. *A Teory of Justice*. 1. ed. Harvard: Belknap Press, 1971.

_____. *A Teory of Justice*. 2. ed. Harvard: Belknap Press, 1999.

_____. *Justice as Fairness:* A restatement. Massachusetts: Harvard U. P., 2003.

_____. *Liberalismo político*. Tradução Dinah de A. Azevedo; Alvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.

ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1981.

WALUCHOW, W. Constitutionalism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/Constitutionalism>. Acesso em: 27 jan. 2014.

A IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO ARQUEOLÓGICA E GENEALÓGICA DE MICHEL FOUCAULT PARA A FILOSOFIA DO DIREITO:

uma abordagem a partir dos conceitos de sociedade disciplinar e biopolítica

André Leonardo Copetti Santos
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

"A lei não é pacificação, pois, sob a lei, a guerra continua a fazer estragos no interior de todos os mecanismos de poder, mesmo os mais regulares. A guerra é que é o motor das instituições e da ordem: a paz, na menor de suas engrenagens, faz surdamente a guerra"
(Foucault, 2010).

NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A RELEVÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO ARQUEOLÓGICA E GENEALÓGICA DE MICHEL FOUCAULT PARA O CAMPO JURÍDICO

Michel Foucault (1926-1984) é um dos filósofos mais lidos e comentados do século 20. Sua vasta obra assume posição central na discussão dos mais variados temas, dado que o autor contribuiu no sentido de criar ou redefinir conceitos que são chave para o pensamento contemporâneo. Graças a Foucault diversas disciplinas – dentre as quais

se pode destacar a História, a Filosofia, a Crítica Literária, a Sociologia e, no caso deste texto, o Direito – precisaram repensar seus próprios métodos e noções-chave que se achavam já consolidadas. Com o presente texto pretende-se analisar dois temas centrais no pensamento de Foucault: as perspectivas arqueológica e genealógica de sua abordagem e a correspondente construção dos conceitos de sociedade disciplinar e de biopolítica e algumas possíveis relações com o campo discursivo e analítico do Direito.

Há, sem dúvida alguma, em várias obras foucaultianas como, *Vigiar e Punir*, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, *Microfísica do Poder*, *História da Loucura* e *História da Sexualidade*, uma relação direta com o campo jurídico. Sem prejuízo das incontáveis possibilidades de conexão que podem ser estabelecidas com o Direito a partir dos escritos de Foucault, a delimitação do presente trabalho a esses dois aspectos da reflexão foucaultiana deve-se pela alta potencialidade neles contida para a construção de múltiplos olhares críticos sobre o fenômeno jurídico, especialmente em relação a distintos aspectos do poder que lhe subjazem.

O trabalho de Foucault é marcado por um polifacetamento que torna qualquer tentativa de categorização a seu respeito uma tarefa bastante difícil. Em uma conhecida entrevista a Paul Rabinow[1] ele declarou que não era nem marxista, nem freudiano ou pós-estruturalista, ainda que seu trabalho partilhe algumas das revoluções teóricas iniciadas por esses três movimentos. Sem pretensão de categorização ou enquadramento, é possível afirmar que, mesmo diante de uma pluralidade temática e de influências, Foucault conseguiu armar um eixo metodológico que propiciou uma considerável unidade ao seu trabalho. Essa amálgama aparece, por exemplo, na sua notável reação contra a rigidez

[1] Entrevista disponível em: <http://www.foucault.info/foucault/interview.html>. Acesso em: 2 mar. 2015.

formal do estruturalismo, especialmente em relação à insistência dessa escola de pensamento de que tudo seja classificado impecavelmente em termos de seu papel restrito no sistema. Nesse aspecto, Foucault tomou como base e aprofundou o trabalho de Gramsci sobre o problema da hegemonia, abarcando o fator hegemônico do poder na criação e manutenção dos sistemas sociais. Para ele, a criação de tais sistemas implicou a marginalização e exclusão de determinados grupos sociais vulneráveis em nome da "ordem". O destino de tais grupos tornou-se a questão central das suas investigações históricas: a agenda oculta que ele estava determinado a trazer à tona. Assim, por exemplo, na obra *História da Loucura*, Foucault descreve como os doentes mentais foram deslocados para asilos que anteriormente abrigavam leprosos, sendo este o grande confinamento a partir do século 17; ou o nascimento das prisões modernas em *Vigiar e Punir*, ou da medicina da modernidade em *O nascimento da clínica*, ou, por fim, como a homossexualidade foi gradualmente banida pelo cristianismo em *A História da Sexualidade*, tornando-se a heterossexualidade a norma e todos os demais comportamentos sexuais anormais. Em todos esses casos o que deve ser destacado é que Foucault mostra o surgimento de formas "científicas" de controle social pelas autoridades: a vida dos indivíduos, especialmente partes vulneráveis da população, sendo rigorosamente regulamentadas, disciplinadas.

Foucault, com isso, tem como foco central a investigação do "inconsciente" do poder, e ao se lançar nessa direção, busca percorrer um caminho totalmente crítico, logrando sucesso nessa sua empreitada, uma vez que não só provê seus leitores e estudiosos de instrumentos para questionar o sentido de teorias e práticas estabelecidas, mas também mostra "as coisas como são" a partir de uma perspectiva de "como deveriam ser", apontando e analisando obstáculos a serem superados para que as potencialidades melhor presentes no existente possam se realizar. Nesse sentido é inevitável a constatação da atualidade do pensamento foucaultiano que confere a sua obra uma vitalidade que

está longe de se esgotar. Ao filosofar investigando a História, Foucault deixou como legado um trabalho que não busca tão somente o conhecimento erudito das sociedades passadas, mas, antes de qualquer coisa, uma melhor compreensão/reflexão da atualidade, pela confrontação com aquilo que já não mais somos. Por outro lado, a obra foucaultiana também sugere – a partir do seu perfil histórico-filosófico – possibilidades de transformação da sociedade que vem.

Como um investigador da História, ele empenha-se em entender a "microfísica" do poder examinando os modos por meio dos quais o poder é construído e manipulado discursivamente. A questão constante em Foucault acerca de "quem se beneficia" das manipulações de poder pela linguagem é classicamente marxista, enquanto seu entendimento dos efeitos psicológicos do poder, tais como a repressão, pertencem muito a sua base freudiana.

De outra mão, Foucault deu uma forte singularidade as suas investigações por meio da sua perspectiva arqueológica e genealógica. Forçado a descrever ele mesmo, Foucault provavelmente diria que ele era tanto um arqueólogo histórico quanto um genealogista. Em um de seus mais famosos trabalhos, *A Arqueologia do Saber*, Foucault destaca que seu objeto de estudo é o "arquivo", isto é, a existência acumulada do discurso. A arqueologia, como ele a entende, não é nem relacionada com a geologia (análise do subsolo), nem à genealogia (como descrição dos começos e sequências), mas é a análise do discurso em sua modalidade de arquivo. Apenas para facilitar o entendimento: "arquivo", em Foucault, é a lei do que pode ser dito, o sistema que rege o aparecimento dos enunciados como acontecimentos singulares; é o que, na própria raiz do enunciado-acontecimento e no corpo em que se dá, define, desde o início, o sistema de sua enunciabilidade; é o sistema de seu funcionamento (Foucault, 1997, p. 148-150).

A ideia foucaultiana de uma arqueologia do pensamento está muito proximamente ligada à ideia literária modernista de que linguagem é uma fonte de pensamento por si só, não meramente um instrumento de expressão de ideias de quem as usa. Para Foucault, em qualquer dado período em um determinado domínio, há substanciais constrangimentos sobre como estão as pessoas aptas a pensar, ademais das constrições gramaticais e lógicas propriamente ligadas à estrutura formal da língua. Em outras palavras, todos os modos de pensamento envolvem regras implícitas (talvez nem mesmo formuladas ou formuláveis por aqueles que as seguem) que materialmente restringem a gama de pensamento. Nessa perspectiva, segundo Foucault, se nós pudermos descobrir essas regras, estaremos aptos para ver como um constrangimento aparentemente arbitrário de fato faz total sentido na estrutura de funcionamento definida por essas regras.

Foucault entende que esse nível de análise, que está fora do controle dos indivíduos que de fato fazem o pensamento em um dado período, é a chave para o entendimento dos constrangimentos e restrições nos quais as pessoas pensam. Assim, a "histórias das idéias" – em que isso significa o que está conscientemente em andamento na mente dos cientistas, filósofos e outros – é menos importante que as estruturas subjacentes que formam o contexto para seus pensamentos. O arqueólogo foucaultiano estará mais interessado, diferentemente de uma postura hermenêutica, em apreender não o significado dos discursos de Descartes, Hume ou Darwin, ou, trazendo para o campo jurídico, o que quiseram dizer os legisladores quando positivaram uma determinada lei, mas, num caminho distinto, quais foram as condições que tornaram possível o acontecimento do pensamento desses filósofos ou de determinada lei. Desse modo, como bem observa Gutting (2005, p. 33), a história de Foucault não é hermenêutica – ou é não hermenêutica –, isto é, ela não tenta *interpretar* o que ouvimos ou lemos para descobrir seus sentidos mais profundos. Ela manuseia os textos tratando-os não como

documentos, mas, à maneira de um arqueologista, como monumentos. Mais do que buscar o que Descartes queria expressar em suas "Meditações", o arqueólogo usa o que Descartes – e muitos outros escritores, famosos ou não, do mesmo período – escreveu como evidência para uma estrutura geral do sistema no qual eles pensaram e escreveram. A partir de Gutting (2005, p. 34), para sintetizar impecavelmente a concepção metodológica-arqueológica em Foucault, é de se destacar que "o interesse, para invocar a analogia arqueológica uma vez mais, não está no objeto (texto) estudado, mas na configuração mais geral do lugar de onde ele foi escavado".

Há, nesse sentido, o que se costuma denominar de a "marginalização do sujeito" em Foucault. Isto não quer dizer que ele nega a realidade ou mesmo a importância ética suprema da consciência individual. Apenas ele pensa que os indivíduos operam em um ambiente conceitual que determina e os limita nos modos nos quais eles não podem estar cientes. A arqueologia de Foucault objetiva, assim, uma História sem os sujeitos individuais, mas ao contrário do que é geralmente dito, isto não significa a total exclusão do sujeito da História. Foucault está falando, apesar disto, sobre a nossa História. O que é preciso destacar é que a arqueologia enfatiza que o estágio no qual a História é protagonizada pelos indivíduos – bem como muito do *script* – está estabelecido independentemente dos pensamentos e ações das pessoas. Assim, a arqueologia introduz fatores externos à consciência dos seres humanos que podem desmentir a continuidade e a direção que os indivíduos leem e interpretam em suas vidas.

Foucault, como arqueólogo, descobre os códigos culturais calcificados que determinam práticas culturais – se essas práticas têm a ver com a forma como a cultura classifica e trata a loucura, a criminalidade, a sexualidade ou outras questões. A prática cultural é a regra que governa como a cultura trata aquilo que desafia as crenças e opiniões

consolidadas. É essa perspectiva que permite a Foucault apresentar uma detalhada explicação das súbitas mudanças no pensamento e no discurso que determinam como a cultura trata comportamentos não conformes. Uma das contribuições de Foucault para o entendimento do tratamento do desvio está em seu foco sobre o papel da "exclusão" nesse empreendimento. Sem exclusão não há código: regras de comportamento são definidas pelo que elas excluem e também pelo que elas permitem. Escrevendo no *Discurso sobre Linguagem*, Foucault observa que a "produção do discurso", modos de falar sobre e de entender o fenômeno cultural, "é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída de acordo com certo número de procedimentos, cujo papel é evitar seus poderes e seus perigos, enfrentar eventos fortuitos e escapar de suas mentalidades incríveis e difíceis" (Adams; Searle, 1986, p. 149).

O discurso para Foucault é um modo de falar a respeito de questões ou temas culturais; o discurso é também caracterizado por sua função de censura: tanto em pensamentos habilitados quanto não habilitados nos quais cuidadosamente guarda – por meio da linguagem que permite e proíbe – as fronteiras cuidadosamente construídas do aceitável. Disciplinas – categorias de estudo – tais como a Ciência, Matemática, Psicologia, etc., são mecanismos de discurso ideal porque, como Foucault explica, eles "constituem um sistema de controle na produção de discurso tomando a forma de uma permanente reativação de regras" (Adams; Searle, 1986, p. 155). Assim, na Ciência, por exemplo, a hipótese deve ser provável no paradigma estruturado pela análise científica. Para uma hipótese científica ser provada como verdadeira ela deve cumprir a condição de reprodutibilidade: se as conclusões dos experimentos não são reprodutíveis em várias e diferentes condições, então elas não são verificáveis, e em razão disso, não são "verdades". Enquanto tais protocolos podem parecer muito razoáveis a um primeiro olhar, a Arqueologia foucaultiana permite avançar na sua análise para entender os possíveis efeitos deletérios do controle disciplinar.

CATOLICA-BIBLIOTECA

Por outro lado, Foucault não possui um projeto de explicar ideias por forças econômicas ou sociais externas, à maneira do marxismo ou outras formas de materialismo histórico, apesar de haver influências marxistas em sua constituição como pensador. Seu projeto está mais voltado a oferecer uma descrição do pensamento humano, sem assumir um *status* privilegiado para o conteúdo consciente do pensamento – pensamento sem um papel privilegiado para o pensador, paralelo à escrita sem um papel privilegiado para o escritor, nos moldes assumidos pela vanguarda modernista.

O que Foucault realiza com sua proposta de análise dos constrangimentos e restrições do pensamento é um esforço – característico de muitos dos filósofos desde Kant – para determinar as "condições de possibilidade" de nossos conceitos e experiências. Kant, por exemplo, chamou estas condições de transcendentais. Enquanto para Kant tais condições eram universalmente aplicáveis, necessariamente constrangedoras sobre todas as possíveis experiências, para Foucault, em sentido diverso, elas são contingentes numa particular situação histórica e variam sobre tempos e domínios de conhecimento.

Em contraste com a Arqueologia, mas também como uma complementação, a genealogia de Foucault traça as origens e modulações de uma prática cultural desde os primeiros dias até a encarnação nos dias atuais. Um bom exemplo disso é o exame empreendido por Foucault em *Vigiar e Punir* acerca de como a invenção do *panopticon*, por Jeremy Bentham, revolucionou o modo pelo qual o controle governamental é exercido sobre todos os cidadãos, seja no sistema penal, seja na vida cotidiana, a partir da ideia de sociedade disciplinar, tema abordado no tópico a seguir.

A SOCIEDADE DISCIPLINAR EM MICHEL FOUCAULT

Foucault, na abertura de *Vigiar e Punir*, apresenta a descrição espetacularmente brutal da execução de Robert Damien, por um regicídio contra Luis XV (ou um parricídio, pois o rei era o pai de todos os cidadãos) perpetrado em 5 de janeiro de 1757. Acusado e condenado, o réu foi executado menos de dois meses após o fato, sendo esquartejado em praça pública. Em ato contínuo aos comentários do texto que se refere à execução de Damien, Foucault (1987, p. 10) abruptamente muda seu foco para outro documento, datado de 1837, no qual são declaradas as regras para um centro de detenção de jovens infratores em Paris: "o dia do prisioneiro começará às seis da manhã no inverno e cinco no verão. Eles trabalharão nove horas diárias ao longo do ano. Duas horas por dia serão dedicadas à instrução. O trabalho e o dia terminarão às nove horas no inverno e às oito no verão". Após citar esta e mais 11 regras similares, Foucault (1987, p. 11) finalmente aventura um comentário: "apresentamos exemplo de suplício e de utilização do tempo."

Dois exemplares modos de punição: o primeiro ocorrido ao final do Iluminismo, mais tipicamente a punição adotada para os criminosos na Europa até a metade do século 18; o segundo representou a nova fórmula, um modo mais gentil de punição, uma aproximação mais humana para punir. Essa segunda forma, na explicação de Foucault, levou ao mais desenvolvido sistema moderno que ele chama "disciplina".

A pergunta que Foucault busca responder acerca da nova ideia de punição – grosseiramente, o aprisionamento mais que a tortura – diz respeito ao fato de ela representar um progressivo desenvolvimento. Foucault (1987, p. 102) tem suas dúvidas, sugerindo que o ponto era "não punir menos, mas punir melhor". Avançando na sua análise acerca desses dois modos de punição, ele começa destacando os contrastes entre as abordagens moderna e pré-moderna de punição:

a) a punição não é mais uma apresentação pública, uma demonstração espetacular para todos da soberania irresistível, mas mais uma discreta, quase uma vergonhosa aplicação de constrangimentos necessários para preservar a ordem pública;

b) o que é punido não é mais o crime, mas o criminoso; a preocupação da lei não é mais o que o criminoso fez, mas o que o levou a praticar o crime;

c) os que determinam a precisa natureza e a duração da punição não são mais os juízes, que impõem punições de acordo com a lei, mas especialistas (psiquiatras, assistentes sociais, comitês de avaliação) que decidem como estabelecer sentenças judiciais indeterminadas;

d) o propósito declarado publicamente da punição não é mais a retribuição, mas a reforma e reabilitação do criminoso.

Foucault não nega que a cessação dos esquartejamentos de criminosos é um avanço. Mas a conversão obscura do modo gentil de punição é uma propensão para um controle total. Em um plano, isso é assinalado por uma mudança da brutal, mas não focada, punição física para uma menos dolorosa, mas mais invasiva forma de controle. A punição pré-moderna assalta violentamente o corpo do criminoso, sendo satisfeita com a retribuição por meio da dor; já o modelo moderno de punição demanda uma transformação interna, uma conversão do coração para um novo modo de vida. Na visão de Foucault esse controle moderno da alma significa, mais além, uma mais sutil e penetrante forma de controle do corpo, de controlar corporalmente o comportamento.

A mais notável tese de *Vigiar e Punir* é que as técnicas disciplinares introduzidas para os criminosos tornam-se o modelo para outros lugares modernos de controle, tais como escolas, fábricas, hospitais, etc., assim como a prisão impregna a sociedade moderna. Nós vivemos, observa Foucault (1987, p. 323), em um "arquipélago carcerário".

Pode-se argumentar que Foucault constrói, assim, por meio de uma história das técnicas utilizadas para o exercício do poder disciplinar sobre o corpo, uma genealogia da alma moderna. Esta "alma", também denominada de consciência, psique, subjetividade, jamais é uma realidade preexistente sobre a qual atuam os mecanismos punitivos; antes, somente é constituída como alma porque há um investimento político sobre o corpo, mediante a utilização de uma tecnologia do poder sobre esse corpo (Foucault, 1987, p. 34). Na fábrica, na escola, no hospital, no convento, no regimento militar ou na prisão trata-se sempre da constituição de uma anatomia política pela distribuição espacial dos indivíduos e o controle de suas atividades; ou pela combinação dos corpos e das forças, de modo a deles extrair a máxima utilidade. Ao constituir o corpo parte de um espaço, núcleo de um comportamento, soma de forças que se aglutinam, torna-se possível adestrá-lo e torná-lo útil. A anatomia política do corpo fabrica pequenas individualidades funcionais e adaptadas mediante investimentos microfísicos, capilares. Daí a importância do detalhe do gesto e da minúcia do olhar (Candiotto, 2012).

Foucault (1987, p. 195) refere que o poder disciplinar é um poder que

> em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior "adestrar"; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. [...] "Adestra" as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais – pequenas células separadas, autonomias orgânicas, identidades e continuidades genéticas, segmentos combinatórios. A disciplina "fabrica" indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. [...] O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.

Uma das intuições importantes apresentadas por Foucault em *Vigiar e punir* é a descrição dos mecanismos da microfísica do poder, uma espécie de combinação entre vigilância hierárquica e sanção normalizadora, que conflui no exame disciplinar. A disciplina vale-se da vigilância como um de seus mecanismos mais eficazes. Foucault mostra que efeitos de poder, tais como o autocontrole dos gestos e atitudes, são produzidos não somente pela violência e pela força, mas sobretudo pela sensação de estar sendo vigiado. Engana-se quem pensa ser a sociedade disciplinar aquela na qual todos se vigiam, como se houvesse um acréscimo de guardas e disciplinadores. Pelo contrário, nas instituições de vigilância precisou-se cada vez menos desses personagens. O poder disciplinar é econômico. Ele se vale de espaços arquiteturais organizados de modo a incrementar e facilitar a sensação de vigilância múltipla, detalhada e minuciosa de cada indivíduo que compõe seus interiores. Assim é que hospitais, fábricas e escolas funcionam como microscópios do comportamento humano, ao possibilitarem a um único olhar tudo ver, permanentemente. Esse único olhar, porém, não necessariamente é de uma pessoa, posto que o importante deixa de ser que alguém, de fato, esteja vendo. O olho anônimo do poder e sua estruturação arquitetural é que impelem o indivíduo a se autodisciplinar. Com as palavras do próprio Foucault (1987, p. 192):

> em resumo, pode-se dizer que a disciplina produz, a partir dos corpos que controla, quatro tipos de individualidade, ou antes uma individualidade dotada de quatro características: é celular (pelo jogo da repartição espacial), é orgânica (pela codificação das atividades), é genética (pela acumulação do tempo), é combinatória (pela composição das forças). E, para tanto, utiliza quatro grandes técnicas: constrói quadros; prescreve manobras; impõe exercícios; enfim, para realizar a combinação das forças, organiza "táticas".

A partir dessa noção de disciplina Foucault modula sua reflexão, movendo-se para uma outra ideia central de seu pensamento: a concepção de biopolítica. O autor estabelece um interessante paralelo entre a disciplina e a biopolítica, ao salientar que desde o final do século 18 é possível identificar não mais apenas uma, mas duas tecnologias de poder que são introduzidas com certa defasagem cronológica e que são, na maioria das vezes, sobrepostas. Uma técnica é a disciplinar, centrada no corpo, produzindo efeitos individualizantes por meio da manipulação do corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo. Por outro lado, o autor identifica uma tecnologia que é centrada não no corpo individual, mas na vida enquanto fenômeno. Trata-se de uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população e que procura controlar a série de eventos fortuitos que podem ocorrer numa massa viva com o escopo de controlar (e, eventualmente, modificar) a probabilidade desses eventos e/ou compensar seus efeitos. Trata-se, em ambos os casos, de tecnologias do corpo, mas, no primeiro caso, trata-se de uma tecnologia em que o corpo é individualizado como organismo dotado de capacidades (disciplina) e, no segundo, de uma tecnologia em que os corpos são recolocados nos processos biológicos de conjunto (biopolítica). É dessa segunda tecnologia que se ocupa o tópico na sequência.

O NASCIMENTO DA BIOPOLÍTICA EM MICHEL FOUCAULT

O conceito de biopolítica assume posição central nos escritos foucaultianos da década de 70 do século passado e, na contemporaneidade, assume posição central para o diagnóstico e para a compreensão das crises e mutações políticas e jurídicas que caracterizam o novo milênio. Esse período de tempo que medeia entre a invenção do conceito por Foucault e sua "apropriação" contemporânea para a explicação de alguns fenômenos por diversos autores contemporâneos – com destaque para

Giorgio Agamben, Roberto Esposito, Antonio Negri e Michael Hardt – pode ser atribuído ao fato de que a profundidade do tema fez com que o conceito precisasse de praticamente duas décadas de intenso debate para ser "definitivamente compreendido, absorvido e apropriado por outros autores", como observa Duarte (2010, p. 205).

Por biopolítica pode-se compreender uma implicação cada vez maior da vida natural do homem nos mecanismos e cálculos do poder. O termo é empregado por Foucault para designar o modo por meio do qual o poder se encaminha para a transformação, entre o apagar das luzes do século 18 e o alvorecer do século 19, rumo a uma forma de governo que não tem por destinatários os indivíduos singularmente considerados – por meio de uma série de procedimentos disciplinares, como analisado no tópico precedente –, mas também o conjunto dos seres vivos que compõem a população. Nesse sentido, "a biopolítica – por meio dos biopoderes locais – se ocupará [...] da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade etc., na medida em que tais gestões se tornaram apostas políticas" (Revel, 2011, p. 24).

Na concepção de Foucault (2010, p. 201-202), a biopolítica, ou seja, essa "assunção da vida pelo poder" ou "estatização do biológico" foi "um dos fenômenos fundamentais do século XIX" e representa um câmbio importante em relação à teoria clássica da soberania: se na teoria clássica da soberania o soberano, ao deter o poder em relação à vida e à morte do súdito, poderia fazê-lo morrer ou deixá-lo viver, a biopolítica é o fenômeno que vai completar esse velho direito de soberania "com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de 'fazer' viver e de 'deixar' morrer." Na mesma linha de raciocínio, "pode-se dizer que o velho direito de *causar* a morte ou *deixar* viver foi substituído por um poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte" (Foucault, 2012, p. 150).

Foucault (2012) procura, então, demonstrar o importante deslocamento que ocorreu na passagem do século 18 para o século 19 na forma de exercício do poder soberano: ele deixa de se afirmar enquanto um poder de "matar a vida" e passa a fazê-lo enquanto um poder que "gerencia a vida", um poder que tem por objetivo o saneamento do corpo da população de modo a depurá-lo de todas as infecções internas. O poder, agora, passa a ser exercido sobre a vida, fixando-se ao longo de todo o seu desenrolar. A morte é o momento que escapa a esse poder, é o seu limite, ou seja, o momento mais "privado" da existência de uma pessoa.

Segundo Foucault (2003, p. 80), o capitalismo que se desenvolvia no final do século 18 e no início do 19 foi o responsável pela socialização de um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, de trabalho. Nessa ótica, a formação do capitalismo ocasiona justamente a entrada da vida humana na História. No sistema capitalista de produção, instrumentalizar o saber sobre a vida é imprescindível, uma vez que viabiliza tanto o controle quanto a inserção das pessoas nos processos de produção. Há, com isso, um ajuste dos fenômenos naturais (nascimento, reprodução, morte) aos processos econômicos. O objetivo é controlar as consequências dos fenômenos naturais de modo que elas signifiquem ganhos econômicos. O acoplamento entre a biopolítica e o capitalismo, assim, é viabilizado/evidenciado: por meio de controles diversos sobre a vida (demografia, higiene pública, projetos de urbanismo, etc.) os indivíduos são transformados em população, ou seja, em um grande – e produtivo – "corpo mecânico".

Isso evidencia que "o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo", afinal, "o corpo é uma realidade biopolítica." Assim, "é o fato do poder encarregar-se da vida, mais do que a ameaça da morte, que lhe dá acesso ao corpo" (Foucault, 2012, p. 155).

O processo de inscrição da vida na política por meio da biopolítica é um dos temas sobre os quais a análise foucaultiana (1987, 2003, 2012) dos mecanismos de poder[2] vai se debruçar. A biopolítica nasce no rastro da disciplina, com a particularidade de que, enquanto esta, nos séculos 17 e 18, era voltada essencialmente ao corpo individual, colimando a sua adaptação ao trabalho – tecnologia disciplinar do trabalho, portanto –, aquela representa uma segunda tomada de poder, não mais sobre o corpo individual, mas sobre as massas. Passa-se, a partir da segunda metade do século 18, do homem-corpo para o homem-espécie, no momento em que à dicotomia homem-sociedade passa a ser agregada a noção de *população*.

Torna-se possível, diante do exposto, a afirmação de que Foucault chega aos conceitos de biopolítica e biopoder quando vislumbra um câmbio operado ao longo dos séculos 17 e 118 – sobretudo na virada para o século 19 – da forma como se estrutura o poder: se antes ele era a soma de micropoderes disciplinares que tinham por objetivo a administração do corpo individual, ou seja, que partiam de uma visão do corpo enquanto máquina – o que se vislumbra pela gradativa formação

[2] Aqui, é importante referir que "o conceito de poder para Foucault não deve ser equivalente aos conceitos de repressão, lei, soberania, instituições e aparelhos do Estado, como comumente é analisado. Foucault não se refere a uma forma de sujeição realizada por leis e regras, nem a um sistema de dominação de uns sobre outros. Ao contrário, poder é entendido como multiplicidade de correlações de forças, como jogo, estratégias móveis. Ou seja: poder visto como potencialidade criadora, própria do ser humano, que se faz aparecer nas práticas e nas relações humanas. Falamos de poder enquanto relação de forças, enquanto prática, enquanto poder circulante, não estático nem centralizado em um ponto. Falamos de exercício de poder e não de aquisição do mesmo. O poder também não pertence a alguém, isto é, não provém de uma relação entre dominados e dominadores; não é uma instância dual, binária, mas sim uma instância onipresente, isto é, se produz a cada instante, em todos os pontos, em todas as relações" (Boff, 2008, p. 190). Sobre esse tema, Duarte (2010, p. 212) assevera que, em Foucault, "o poder é sempre plural e relacional, exercendo-se em práticas heterogêneas e sujeitas a transformações no interior de instituições sociais determinadas. O poder se dá em um conjunto de relações e práticas sociais constituídas historicamente, que atuam por meio de dispositivos estratégicos dos quais ninguém escapa, pois não há região da vida social que esteja isenta de seus mecanismos."

de instituições como a escola, o hospital, o exército e a fábrica, cujos objetivos centravam-se no adestramento dos corpos individuais e na extorsão de suas forças paralelamente ao crescimento de sua utilidade e docilidade, de modo a integrá-lo a sistemas de controle eficazes –, agora o poder disciplinador e normalizador já não mais é exercido sobre os corpos individualizados, mas sim sobre o corpo-espécie, e tampouco se encontra disseminado em instituições sociais. Ele passa a se concentrar na figura do Estado e se exerce a título de política estatal que objetiva a administração da vida e do corpo da população.

Para Foucault (2010, p. 206-207), "a biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder." Logo, os fenômenos que passam a ser levados em consideração, aqui, são os coletivos, ou seja, aqueles "que só aparecem com seus efeitos econômicos e políticos, que só se tornam pertinentes no nível da massa", o que significa dizer que "a biopolítica vai se dirigir, em suma, aos acontecimentos aleatórios que ocorrem numa população considerada em sua duração."

Por biopoder, portanto, Foucault vai designar a inclusão da vida mesma no âmbito de ação estatal por meio de políticas sanitárias, urbanísticas ou educativas. O soberano, aqui, aprende a dizer *sim*, passando do *não proibitivo* ao *sim governativo*. O poder passa a ser visto como condução de si mesmo e dos outros, uma intensificação e totalização da dominação que é acompanhada, paradoxalmente, por sua limitação. Na obra na qual inaugura a discussão acerca da biopolítica, Foucault (2012, p. 156) destaca: "o homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão".

CATOLICA-BIBLIOTECA

A biopolítica, ao contrário dos mecanismos disciplinares, não vai buscar a alteração do indivíduo, não se ocupa dos fenômenos individuais, dos homens isoladamente considerados. A partir de previsões, estimativas, estatísticas e medições, ela vai priorizar as *intervenções* nos fenômenos em âmbito global, com o escopo de estabelecer mecanismos reguladores que, "nessa população global com seu campo aleatório, vão poder fixar um equilíbrio, manter uma média, estabelecer uma espécie de homeostase, assegurar compensações". Quer dizer: vai se preocupar em "instalar mecanismos de previdência em torno desse aleatório que é inerente a uma população de seres vivos" de forma a "otimizar [...] um estado de vida" (Foucault, 2010, p. 207).

É nesse momento, portanto, que se percebe "a potência da vida humana que é 'aproveitada' pelo Estado e pelas instituições como elemento de poder", ou seja, passa-se a incluir a vida humana nos cálculos do poder, sendo a lógica do biopoder justamente "cuidar da vida humana a fim de que ela seja produtiva" (Boff, 2008, p. 193). A potência da morte, que outrora simbolizava o poder soberano, portanto, passa a ser recoberta pela administração dos corpos, pela gestão calculista da vida.

O foco, na biopolítica, deixa de ser o corpo individual, a consideração do indivíduo no plano do detalhe – como na disciplina. Esses mecanismos disciplinares – que visavam à docilidade dos corpos, ou seja, ao disciplinamento dos corpos, e também do tempo e do espaço, de modo a adaptá-los e torná-los úteis ao sistema de produção vigente – são substituídos por mecanismos globais que objetivam estados globais de equilíbrio, de regularidade. Com efeito, na medida em que se "normaliza" a população, em que se "regulamenta" a população, torna-se mais fácil controlá-la e otimizar a sua produtividade.

Na perspectiva foucaultiana, torna-se importante analisar a forma como ambos os mecanismos de poder – o disciplinar e o regulamentador – se relacionam: em que pese não estarem no mesmo nível, não há um

processo de autoexclusão, mas de articulação. A origem das "sociedades do controle" contemporâneas está justamente nas técnicas disciplinares de padronização dos corpos nas instituições ao longo dos séculos 17 e 18 e que nos séculos 20 e 21 espraia-se para a sociedade como um todo, objetivando a normalização dos indivíduos em diversas instâncias, induzindo comportamentos – por exemplo, determinados padrões de consumo – e fabricando subjetividades não autênticas.

O que vai permitir essa articulação entre as duas formas de exercício de poder identificadas é a *norma*, uma vez que ela "é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar." Logo, a sociedade de normalização não é outra coisa senão "uma espécie de sociedade disciplinar generalizada cujas instituições disciplinares teriam se alastrado e finalmente recoberto todo o espaço", ou seja, "uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação." Por meio desses mecanismos – disciplina e regulamentação – o poder, a partir do século 19, passa a se incumbir da vida, quer dizer, "ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra" (Foucault, 2010, p. 213).

O paradoxo que se apresenta, nesse viés, diz respeito a como conciliar o direito de matar com um exercício de poder preocupado essencialmente com a vida, seja no que respeita a aumentá-la, seja no que se refere a prolongá-la ou, ainda, multiplicar suas possibilidades à medida que desvia seus acidentes e compensa suas deficiências. A grande questão que se coloca então é como se pode exercer o poder da morte em um sistema político centrado no biopoder.

O mecanismo que vai permitir o exercício desse poder de morte em um regime de biopoder é o *racismo*, compreendido a partir de uma dupla perspectiva: em um primeiro momento, o racismo pode ser visto como um meio de introduzir no domínio da vida – de que o poder se incumbiu – o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. Para Foucault (2010, p. 214),

> no contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. [...]. Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder.

Já a segunda função do racismo será legitimar a morte do "outro" a partir de uma maneira inteiramente nova, compatível com o biopoder: a partir de então, "a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia, mais sadia e mais pura." A eliminação do perigo biológico representado pelo outro é legitimada, dessa maneira, conforme estiver diretamente relacionada ao fortalecimento da própria espécie ou da raça: "a função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo" (Foucault, 2010, p. 215).

O refinamento da tese foucaultiana reside justamente nesse ponto: a biopolítica enquanto forma encontrada pelo Estado para "gerir a vida da população" não pode ser ingenuamente compreendida pelo seu "caráter humanitário" de administrar, por meio de intervenções políticas, as condições de vida da população. Há um aspecto violento desse controle, denunciado pelo autor, que reside justamente na exigência

contínua e crescente da morte em massa do "outro", enquanto instrumento privilegiado para a garantia de melhores meios de sobrevivência de uma determinada população: "o poder de expor uma população à morte geral é o inverso do poder de garantir à outra sua permanência em vida" (Foucault, 2012, p. 149).

Toda biopolítica é, nessa medida, também uma tanatopolítica, ou seja, "não há contradição entre o poder de gerência e incremento da vida e o poder de matar aos milhões para garantir as melhores condições vitais possíveis" (Duarte, 2010, p. 227). Isso posto, na medida em que o biológico passa a se refletir no político, toda forma de eugenia, de cisão entre o que é considerado *normal* e o que é definido como *anormal*, passa a ser justificado. Isso porque o biopoder, em nome da proteção à vida da população, encontra legitimidade para a eliminação de todo perigo a que esta vida possa estar exposta. Segundo Esposito (2006), a vida (*bíos*) é artificialmente recortada, por uma série de umbrais, em zonas dotadas de diferente valor, que submetem uma de suas partes ao domínio violento e destrutivo de outra.

Em um contexto tal, pelo menos potencialmente, a vida humana é convertida em um terreno de decisões que dizem respeito não somente a seus umbrais externos (por exemplo, o que distingue a vida animal da vegetal), mas também a partir de seus umbrais internos, o que significa dizer que será concedido, ou melhor, exigido, que a política decida qual é a vida biologicamente melhor e também como potencializá-la por meio do uso, da exploração, ou se promoverá a morte da vida menos valiosa biologicamente (Esposito, 2006, p. 11). O ponto de decisão reside justamente em definir em que momento uma vida deixa de ser política (e economicamente) relevante e, consequentemente, pode ser eliminada do tecido societal.

Neste estado de coisas, o racismo é condição de possibilidade para que se possa exercer o direito de matar. Nas palavras de Foucault (2010, p. 52-53), o racismo de Estado é exercido pela sociedade sobre ela mesma, ou seja, "sobre seus próprios elementos, sobre os seus próprios produtos"; trata-se de um "racismo interno, o da purificação permanente, que será uma das dimensões fundamentais da normalização social".

Nesse ponto, é importante consignar que, por "tirar a vida" não se compreende, na perspectiva foucaultiana (2010, p. 216), unicamente o assassínio direto, mas também tudo que pode ser considerado assassínio indireto: "o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição". Com efeito, na medida em que a biopolítica se transforma em tanatopolítica, verifica-se que o ponto de decisão entre o fazer viver e o fazer morrer desloca-se para áreas cada vez maiores da vida social – a exemplo dos refugiados, dos pacientes sujeitos à eutanásia programada, das cobaias humanas, dos comatosos, d*os terroristas prisioneiros em Guantánamo, dos receptores de ajuda humanitária, dos imigrantes "sem-papel" na Europa, etc.*

A guerra e o genocídio assumem, nesse quadro, o papel de ferramentas largamente utilizadas pela biopolítica para a consecução de seus objetivos. Ao mencionar que nunca na história da humanidade as guerras foram tão sangrentas como a partir do século 19, e tampouco os regimes políticos haviam, até então, praticado tamanhos holocaustos em suas próprias populações, Foucault (2012, p. 149) observa que o câmbio ocorre justamente em virtude do surgimento do biopoder, de modo que o "formidável poder de morte [...] apresenta-se agora como o complemento de um poder que se exerce, positivamente, sobre a vida, que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto".

Em razão disso, já não são mais travadas guerras em nome da defesa do soberano, mas sim em defesa de todos, em um movimento paradoxal: populações inteiras destroem-se mutuamente em nome da necessidade de viver, ou seja, os massacres tornam-se vitais. Essa justificativa – de gestão da vida e da sobrevivência dos corpos e das raças – passa a ser utilizada pelos regimes para travar guerras que causam mortes em massa. Nesse rumo, quanto mais a tecnologia das guerras se volta para a destruição exaustiva, tanto mais as decisões que deflagram e encerram as guerras são tomadas em função da questão nua e crua da sobrevivência.

Assim, considera-se que o racismo assegura, na economia do biopoder, a função de morte, a partir do princípio de que a morte dos outros representa o fortalecimento da própria pessoa na medida em que ela é membro de uma raça ou população, ou seja, configura-se enquanto elemento de uma pluralidade unitária e viva. E é justamente aqui que reside a particularidade do racismo moderno: ela habita no fato de que ele não se encontra ligado a mentalidades, ideologias ou mentiras do poder, mas à *técnica* ou *tecnologia* do poder, atrelado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a se utilizar da raça – da sua eliminação e da sua purificação – para que possa exercitar seu poder soberano.

Foucault (2010, p. 218) serve-se do exemplo do nazismo, por ele considerado como o desenvolvimento, até o paroxismo, dos novos mecanismos de poder introduzidos a partir do século 18, para explicitar sua tese: "Não há sociedade a um só tempo mais disciplinar e mais previdenciária do que a que foi implantada, ou em todo caso projetada, pelos nazistas". Nessa sociedade, o controle das eventualidades próprias dos processos biológicos (procriação, hereditariedade, doenças, acidentes) era um dos principais objetivos do regime. Essa sociedade, no entanto, ao mesmo tempo universalmente previdenciária, seguradora, regulamentadora e disciplinar, era também perpassada, em todo o seu corpo, pelo

poder de matar, que não era prerrogativa apenas do Estado, mas de toda uma série de indivíduos, de modo que, "no limite, todos têm o direito de vida e de morte sobre o seu vizinho, no Estado nazista, ainda que fosse pelo comportamento de denúncia, que permite efetivamente suprimir, ou fazer suprimirem, aquele que está a seu lado".

A guerra, no regime nazista, é colocada como um objetivo político, ou seja, a política deve resultar na guerra, e "a guerra deve ser a fase final e decisiva que vai coroar o conjunto". Como decorrência disso, o regime nazista não visa apenas à destruição das outras raças: busca-se também expor a própria raça ao perigo universal da morte. Isso significa que a defesa da vida e a produção da morte encontram-se em um patamar de indistinção. Logo, "o risco de morrer, a exposição à destruição total, é um dos princípios inseridos entre os deveres fundamentais da obediência nazista, e entre os objetivos essenciais da política". Busca-se o ponto no qual toda a população esteja exposta à morte, dada a compreensão de que "apenas essa exposição universal de toda a população à morte poderá efetivamente constituí-la como raça superior e regenerá-la definitivamente perante as raças que tiverem sido totalmente exterminadas ou que serão definitivamente sujeitadas" (Foucault, 2010, p. 218-219).

Entre a atitude terapêutica e a tanatopolítica, portanto, não há apenas contradição, mas também conexão/complementação. As mortes em massa, no regime nazista, decorreram diretamente da preocupação obsessiva com a saúde do povo alemão. Segundo Esposito (2010, p. 166-167), os médicos nazistas identificavam como "doente" o povo alemão no seu conjunto e "era precisamente a sua cura que requeria a morte de todos aqueles que pela sua simples existência lhe ameaçavam a saúde."

Esposito (2006) salienta que a biopolítica assume na contemporaneidade uma posição central, o que se evidencia, por exemplo, a partir da relevância cada vez maior dado ao elemento étnico nas relações internacionais, do impacto das biotecnologias sobre o corpo humano, da

centralidade da questão sanitária como índice privilegiado de funcionamento do sistema econômico-produtivo, da prioridade da exigência de segurança em todos os programas de governo, etc.

Além disso, não só a possibilidade da destruição em massa de toda a população é responsável pela manutenção do biopoder, mas também a *individualização* da violência: "quando chega a se individualizar em sua forma extrema, o biopoder transforma-se em tortura" (Hardt; Negri, 2005, p. 41). Essa afirmação se justifica na medida em que, na contemporaneidade, assiste-se a um processo de banalização da tortura, a sua generalização enquanto técnica de controle. A tortura representa "um dos principais pontos de contato entre a ação policial e a guerra" e simboliza "a outra face do estado de exceção e da tendência do poder político para se furtar ao império da lei", uma vez que "de acordo com a lógica do estado de exceção, a tortura constitui uma técnica de poder essencial, inevitável e justificável" (Hardt; Negri, 2005, p. 42).

Em Guantánamo, por exemplo, métodos para obter confissões e informações por meio de tormentos físicos e psicológicos foram amplamente utilizados. A privação do sono, dentre outras técnicas para desorientar os prisioneiros, juntamente com outras formas de humilhação, foram praticadas sem escrúpulos em nome da eficiência na guerra ao terror. Como refere Esposito (2006, p. 16), essas barbáries parecem conduzir à época pré-moderna dos suplícios em praça pública, com um toque hipermoderno, constituído pela plateia planetária da Internet: "o virtual, mais que o posto ao real, constitui, nesse caso, a mais concreta manifestação no corpo mesmo das vítimas e no sangue que parece salpicar a tela".

Hoje, a prevenção do terrorismo de massa tende a se apropriar de suas modalidades e a reproduzi-las, o que está evidenciado por Esposito (2006, p. 17) no seguinte exemplo: na recente guerra no Afeganistão, os

mesmos aviões que lançaram bombas também lançaram víveres sobre as mesmas populações, o que representa um sinal bastante tangível da superposição mais acabada entre a defesa da vida e a produção de morte.

Trata-se tais técnicas, na visão de Agamben (2008, p. 155), de uma manifestação do projeto do biopoder contemporâneo de produção de uma sobrevivência modulável e virtualmente infinita, tendo em vista que "a ambição suprema do biopoder consiste em produzir em um corpo humano a separação absoluta entre o ser vivo e o ser que fala, entre a *zoé* e o *bíos*, o não-homem e o homem: a sobrevivência". Isso significa que o poder soberano contemporâneo sustenta-se na exclusão que se materializa na permanência (sobrevivência) do excluído.

Nesse estado de coisas, a guerra deixa de ser a *ultima ratio*, ou seja, o elemento final das sequências de poder para se transformar na *prima ratio*, ou seja, no principal fundamento da própria política. A guerra assume a condição de única forma de coexistência global, cuja consequência, que não surpreende, é justamente uma multiplicação em excesso dos mesmos riscos que com a guerra se pretende evitar. Como resultado tem-se uma superposição absoluta de valores opostos como paz e guerra, ataque e defesa. Em síntese: vida e morte se sobrepõem cada vez mais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez apresentado sucintamente o eixo metodológico sobre o qual se estrutura o trabalho de Foucault, cabem aqui alguns apontamentos acerca de possíveis relações e aplicações da Arqueologia e da Genealogia foucaultianas às investigações e práticas no campo jurídico. Em primeiro lugar, a perspectiva arqueológica apresenta-se como um método de trabalho científico que permite trazer à tona as estruturas e sistemas que se constituíram e se constituem como condições de possibilidade da construção dos discursos jurídicos nas suas mais diferentes facetas e funcionalidades. Assim, é possível, pela aplicação da metodologia arqueológica, mergulhar nas reais circunstâncias determinantes de como um discurso normativo legislativo foi elaborado de um modo e não de outro; de como juízes decidem em um sentido e não em outro.

Nesse contexto, uma abordagem arqueológica tem a função primordial de afastar "ingenuidades" positivistas-normativistas, bem como prevenir autoritarismos hermenêuticos. Para os positivistas-normativistas, tradição que ainda hoje predomina na narratividade jurídica brasileira, as restrições e constrangimentos discursivos são irrelevantes, pois basta a superficialidade do que está positivado para resolver qualquer dúvida relativa à aplicação do Direito. Já em relação a sua diferença da aproximação hermenêutica, especialmente em relação a algumas novas abordagens que têm servido de substrato à elaboração de uma nova crítica ao positivismo, tais como as ideias de resposta certa dworkiana, ou a própria ideia de tradição gadameriana, a arqueologia, ao possibilitar a "escavação" das estruturas e sistemas constritores, permite a elaboração de um metadiscurso sobre as próprias interpretações construídas com as ferramentas da Filosofia hermenêutica ou da hermenêutica filosófica. Em outras palavras, com o instrumental arqueológico é possível sempre escavar as condições de formação dos discursos e, sendo também discurso, das próprias interpretações e seus constrangimentos.

Procurou-se evidenciar isso a partir de duas categorias fundamentais do pensamento foucaultiano: a sociedade disciplinar e a biopolítica. Ao analisar os sistemas de punição pré-moderno e moderno a partir da consolidação da categoria conceitual da disciplina, Foucault transforma-se em um autor cuja leitura é indispensável para qualquer investigador ou estudioso das ciências penais, especialmente da criminologia. Essa construção de análise de Foucault, juntamente com as análises formuladas pelos investigadores da Escola de Frankfurt Rusch e Kirsheimer

CATOLICA-BIBLIOTECA

(na obra *Punição e Estrutura Social*), bem como com a perspectiva mais marxista lançada por Pavarini (na obra *Cárcere e Fábrica*), constitui-se, talvez, na mais importante referência crítica acerca dos sistemas penais modernos.

Da mesma forma, a noção de biopolítica cunhada na obra foucaultiana assume na contemporaneidade a feição de uma importante ferramenta conceitual para a compreensão de fenômenos como a proliferação da guerra. Isso porque a biopolítica permite compreender como se dá a passagem – ou superposição – da sociedade disciplinar – na qual a disciplina sucedia como "anátomo-política" dos corpos e se aplicava basicamente aos indivíduos – para a sociedade do bipoder – na qual a biopolítica representa uma espécie de "medicina social" que se aplica à população com o propósito de governar sua vida. O movimento revelado pela obra foucaultiana revela, portanto, o momento a partir do qual a vida passa a fazer parte do campo do poder. Da disciplina – cujo objetivo era o adestramento dos corpos – passa-se ao biopoder – cujo objetivo é o adestramento da população, ou melhor, da *vida* da população.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Hazard; SEARLE, Leroy. *Critical theory since 1965*. Tallahassee, FL: Florida State University Press, 1986.

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz:* o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2008.

BOFF, Adelaide Bersch. Da norma à vida: a violenta padronização do *ethos*. In: MARTINS, Jasson da Silva (Org.). *Ética, política e direito:* inflexões filosóficas. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008. p. 189-204.

CANDIOTTO, Cesar. Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. In: *Psicologia e Sociedade*, Belo Horizonte, vol. 24, 2012. p. 18-24.

DUARTE, André. *Vidas em risco:* crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ESPOSITO, Roberto. *Biopolítica y filosofía*. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006.

_____. *Bios:* biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2010.

GUTTING, Gary. *Foucault*. A Very Short Introduction. New York: Oxford University Press, 2005.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *Vigiar e punir*. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

_____. *Microfísica do poder*. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003.

_____. *Em defesa da sociedade:* curso no Collège de France (1975-1976). 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *História da sexualidade I:* a vontade de saber. 22ª impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão:* guerra e democracia na era do Império. São Paulo: Record, 2005.

REVEL, Judith. *Dicionário Foucault*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

SOBRE OS AUTORES

Alceu Cavalheiri

Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mestre em Filosofia Medieval pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor nos cursos de Gradução em Filosofia e em Direito na Faculdade Palotina (Fapas).

Alessandro Pinzani

Doutor em Filosofia pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Fez Pós-Doutorado na Columbia University de Nova York e também na Humboldt-Universität zu Berlin. Professor associado da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), atua no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Filosofia em nível de Mestrado e Doutorado.

André Leonardo Copetti Santos

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Faz Pós-Doutorado na Universidade de Santiago do Chile. É professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI).

Cesar Augusto Ramos

Doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Atualmente é professor titular na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), atuando no Departamento de Filosofia e no Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

Delamar José Volpato Dutra

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com estágio doutoral na Université Catholique de Louvain, Bélgica. Fez Pós-Doutorado na Columbia University (Nova York) e na Aberystwyth University (País de Gales, Reino Unido). É professor titular da Universidade Federal de Santa Catarina, com atuação na Graduação e na Pós-Graduação em Filosofia.

Doglas Cesar Lucas

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Fez Pós-Doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre. É professor dos cursos de Graduação em Direito da Unijuí e do Instituto Cenecista de Ensino Superior Santo Ângelo (Iesa). Atua também no Mestrado em Direito na Unijuí.

Gérson Pereira Filho

Doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Docente do Departamento de Filosofia da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) – Campus Poços de Caldas.

Gilmar Antonio Bedin

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Atualmente faz Pós-Doutorado na Universidade de Santiago do Chile. É professor permanente do curso de Graduação em Direito e do curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí).

Itamar Luís Gelain

Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Atualmente está concluindo o Doutorado em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). É professor de Filosofia no Centro Universitário – Católica de Santa Catarina (Católica-SC) em Joinville/SC.

Jaimir Conte

Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Professor associado da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Atua no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Filosofia (Mestrado e Doutorado).

João Hobuss

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com estágio doutoral no Centre d'études sur la pensée antique kairos kai logos do Institut de Historie de la Philosophie da Université de Provence, Aix-Marseille I, França. Atualmente é professor associado da Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

Luciene Dal Ri

Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Mestre em Estudos Medievais pela Pontificia Università Antonianum. Professora no curso de Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e no curso de Graduação em Direito da Católica-SC..

Maikon Cristiano Glasenapp

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Atualmente faz Pós-Doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). É coordenador do curso de Graduação em Direito no Centro Universitário – Católica de Santa Catarina (Católica-SC).

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor nos cursos de Graduação em Direito da Unijuí e da Unisinos e do curso de Mestrado em Direitos Humanos da Unijuí.

Marta Nunes da Costa

Doutora em Ciência Política pela New School for Social Research, EUA. Atualmente é professora visitante no Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), atuando no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

Noeli Dutra Rossatto

Doutor em Filosofia Medieval pela Universidade de Barcelona, Espanha. Professor associado da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Atua no Programa de Pós-Graduação em Filosofia em nível de Mestrado e Doutorado.

Ricardo Bins Di Napoli

Doutor em Filosofia pela Pontíficia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), com período de estudos na Universidade de Munique, Alemanha. Fez Pós-Doutorado na Universidade de Oxford. Professor associado do Departamento de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Thadeu Weber

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

CATOLICA-BIBLIOTECA

AUTORES

Alceu Cavalheiri

Alessandro Pinzani

André Leonardo Copetti Santos

Cesar Augusto Ramos

Delamar José Volpato Dutra

Doglas Cesar Lucas

Gérson Pereira Filho

Gilmar Antonio Bedin

Itamar Luís Gelain

Jaimir Conte

João Hobuss

Luciene Dal Ri

Maikon Cristiano Glasenapp

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Marta Nunes da Costa

Noeli Dutra Rossatto

Ricardo Bins di Napoli

Thadeu Weber

Uma Introdução à FILOSOFIA DO DIREITO

"O termo Filosofia do Direito pode ser empregado em acepção lata, abrangente de todas as formas de indagação sobre o valor e a função das normas que governam a vida social no sentido do justo, ou em acepção restrita, para indicar o estudo metódico dos pressupostos ou condições da experiência jurídica considerada em sua unidade sistemática [...] Parece-me, pois, que cabe distinguir entre uma *Filosofia Jurídica implícita*, que se prolonga, no mundo ocidental, desde os pré-socráticos até Kant, e uma *Filosofia Jurídica explícita*, consciente da autonomia de seus títulos, por ter intencionalmente cuidado de estabelecer as fronteriras de seu objeto *próprio* nos domínios do discurso filosófico. O surgimento da Filosofia do Direito como disciplina *autônoma* foi o resultado de longa maturação histórica, tornando-se uma realidade *pienamente spiegata* (para empregarmos significativa expressão de Vico) na época em que se deu a *terceira fundação* da ciência Jurídica ocidental".

Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 2002.

ISBN 978-85-419-0175-8

9 788541 901758

Editora UNIJUÍ